

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

# DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL EMPLEO PÚBLICO

LIBRO EN HOMENAJE A  
PEDRO GÓMEZ CABALLERO

Federico Durán López  
Carmen Sáez Lara  
Coordinadores

65





MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES Y  
COLECTIVOS EN EL EMPLEO PÚBLICO

LIBRO EN HOMENAJE A  
PEDRO GÓMEZ CABALLERO

## **MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES**

Dirección

José Manuel Gómez Muñoz  
Jesús Cruz Villalón  
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2023

© Los autores, 2023

ISBN: 978-84-09-51949-1

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE 1148-2023

# MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

## DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL EMPLEO PÚBLICO

LIBRO EN HOMENAJE A  
PEDRO GÓMEZ CABALLERO

Federico Durán López  
Carmen Sáez Lara  
COORDINADORES

# 65





*Prof. Dr. Pedro Gómez Caballero.  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*





## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>17</b>
FEDERICO DURÁN LÓPEZ	
<b>CURRICULUM VITAE DE PEDRO GÓMEZ CABALLERO</b> .....	<b>21</b>
<b>SOBRE EL MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO</b> .....	<b>27</b>
ANTONIO MARTIN VALVERDE	
1. Mérito y capacidad en el empleo público: el marco constitucional.....	28
2. Mérito y capacidad en el empleo público: funcionarios y laborales.....	30
3. Mérito y capacidad en el empleo público de régimen laboral: antecedentes históricos y desarrollo legislativo .....	32
4. Los conceptos de mérito y capacidad en el empleo público: acepciones y dimensiones .....	35
5. Los sistemas de selección de los empleados públicos de régimen laboral .....	37
<b>EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO: APUNTES JURISPRUDENCIALES</b> .....	<b>41</b>
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO	
1. Introducción.....	42
1.1. Oportunidad del estudio .....	42
1.2. Pretensión de esta colaboración .....	42
1.3. La relevancia del ebep en la materia .....	43
1.3.1. Enlace y distanciamiento con el régimen precedente.....	43
1.3.2. Unicidad del régimen sancionador.....	44
1.3.3. Reglas específicas: inducción y encubrimiento .....	44
1.4. Relación entre EBEP y normas laborales comunes .....	45
1.5. Regulación aplicable a las faltas y sanciones en empleo público laboral .....	46
2. Prescripción de las infracciones cometidas .....	47
2.1. Determinación de las normas aplicables .....	47
2.1.1. La heterogeneidad normativa .....	47
2.1.2. El difícil juego del ebep y la legislación laboral .....	47
2.1.3. Primacía del EBEP en temas sancionadores .....	48
2.1.4. Inaplicación de las reglas del et sobre prescripción .....	48
2.2. Precisión del día inicial del plazo de prescripción .....	49
3. Paralización del procedimiento sancionador .....	49
3.1. El precepto específico .....	49
3.2. El problema suscitado .....	50
3.3. Criterio jurisprudencial .....	50
4. Despido disciplinario .....	50
4.1. Opción reasignada por el convenio colectivo .....	50
4.1.1. Planteamiento general del tema .....	50
4.1.2. Atribución convencional de la opción al personal “fijo” .....	51
4.1.3. Criterios jurisprudenciales .....	51
4.2. Despido de representante de los trabajadores .....	52
4.3. Readmisión a tenor del EBEP .....	52
4.3.1. Problema suscitado .....	52
4.3.2. Presupuestos para la aplicación de la readmisión forzosa .....	52
4.3.3. Criterio jurisprudencial .....	53
4.4. La primacía del convenio colectivo .....	53

4.4.1. Permitiendo desplazar la obligación legal de readmitir .....	53
4.4.2. Extendiendo la garantía a los supuestos de terminación de contratos temporales fraudulentos .....	53
4.4.3. Extendiendo la garantía a todo el personal laboral .....	54
<b>LOS CONDICIONANTES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO.....</b>	<b>55</b>
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
1. Del régimen común a la especialidad .....	56
2. El condicionante presupuestario .....	57
3. El imperativo de la actuación reglada .....	59
4. El mandato de igualdad de trato .....	60
5. El acceso al empleo público conforme a criterios de mérito y capacidad .....	61
6. Especialidad en materia de estructura negocial .....	62
7. Procedimiento negocial y control administrativo de legalidad .....	64
8. La aplicación unilateral de lo pactado .....	68
<b>EL MECANISMO ESPECIAL PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL PERSONAL TEMPORAL DE LARGA DURACIÓN: REFLEXIONES A PARTIR DE UNA EXPERIENCIA CONCRETA .....</b>	<b>71</b>
MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO	
1. Presentación .....	72
2. El contexto: la crisis del empleo público temporal y la ley 20/2021 .....	73
3. El proceso especial de las disposiciones adicionales de la ley 20/2021 .....	75
4. La ordenación de los concursos.....	77
4.1. La negociación de las convocatorias.....	77
4.2. Los criterios judiciales .....	78
4.3. Las orientaciones para el concurso.....	79
5. El diseño de los concursos.....	81
5.1. Características del concurso .....	81
5.2. Criterios de selección .....	82
5.3. Mecanismos para agilizar los procesos .....	84
5.4. El problema de los turnos específicos .....	84
5.5. La terminación del proceso .....	85
6. Reflexiones conclusivas .....	85
<b>EL (CIBER)ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO: BALANCE Y PERSPECTIVAS A LA LUZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO 190 OIT .....</b>	<b>89</b>
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
1. Introito: numerosas novedades legales para un viejo e irresuelto problema, entre dinamismo evolutivo y “maraña normativa” .....	90
2. Relativa superación del primer obstáculos a la tutela judicial: una evolución constitucional del concepto de acoso, resistencias de la justicia ordinaria .....	93
3. Otra barrera arrumbada: el fin del “pergrinar” de la tutela judicial frente al acoso en el empleo público desde el orden contencioso al social .....	96
3.1. La clarificación de la competencia del orden social mejora del acceso a la tutela judicial efectiva frente al acoso en el empleo público.....	96
3.2. Persistentes resistencias a la comprensión del acoso en el empleo público como un riesgo específico: exclusión de su calificación en acto de servicio.....	97
4. Conflictividad V. Acoso: dificultades para proteger de forma efectiva frente a los conflictos psicosociales en el trabajo publico no constitutivos de acoso .....	99
5. El ciber acoso, sobre todo por razon de sexo-género, en el empleo público emerge en los tribunales .....	102

6. El acoso-represalia: el derecho-deber de denunciar irregularidades graves como nuevo factor de riesgo de acoso en el trabajo público .....	103
7. Reflexión final.....	104
8. Bibliografía .....	105

## **DERECHOS COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL .....**

CARMEN SÁEZ LARA

**107**

1. Las particularidades de los derechos colectivos en el sector público y la normativa de la OIT .....	108
1.1. Hacia el reconocimiento de los derechos colectivos de los funcionarios.....	108
1.2. La normativa de la organización internacional del trabajo .....	108
2. Derecho de libertad sindical de los empleados públicos .....	110
2.1. Reconocimiento en términos generales: art. 2 Del convenio núm. 87.....	110
2.2. Particularidad versus limitación: libertad sindical de las fuerzas armadas y de la policía.....	111
3. Derecho a la negociación colectiva en el empleo público .....	112
3.1. Problemas interpretativos de los convenios núm. 87 y núm. 98.....	112
3.2. Los convenios 151 y 154 de la OIT .....	113
3.3. Los métodos distintos de la negociación para participar en la fijación de condiciones de empleo: la consulta.....	115
3.4. Las particularidades de la negociación colectiva en el empleo público en relación con las materias negociadas .....	116
4. El derecho de huelga de los empleados públicos .....	117
4.1. Restricciones subjetivas al derecho de huelga .....	118
4.2. Restricciones objetivas al derecho de huelga .....	118
4.3. Necesarias compensaciones a la restricción del derecho de huelga .....	119

## **LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS .....**

JAIME CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ

**121**

1. De los orígenes al régimen especialísimo de seguridad social .....	122
2. Constitución y estado de las autonomías .....	126
3. 3. Del RDL 13/2010, de 3 de diciembre; al RDL 2/2023, de 16 de marzo .....	130

## **LA LEY 3/2023, DE EMPLEO: UNA VISIÓN PANORÁMICA .....**

FEDERICO NAVARRO NIETO

**141**

1. La reforma en un contexto en transformación.....	142
2. Aspectos formales de interés en la técnica legislativa .....	143
3. Una valoración general de la ley 3/2023 .....	144
4. La territorialización de las PE .....	146
5. Aspectos de interés en los contenidos de las PE en la LE.....	148
5.1. La centralidad del concepto de empleabilidad .....	148
5.2. Colectivos de atención prioritaria (art. 50) .....	149
5.3. La actividad de intermediación laboral .....	151
5.4. Medios humanos y presupuestarios del servicio público de empleo .....	152
5.5. Evaluación de políticas .....	152
6. Colofón .....	153

## **TELETRABAJO, PYMES, EMPRESAS EMERGENTES Y NOMADISMO DIGITAL.....**

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

**155**

1. Fenómenos emergentes en el tejido productivo y nuevos marcos regulatorios .....	156
2. La simplificación administrativa para la creación de PYMES .....	158
3. La digitalización del proceso de inscripción de empresas y el registro circe .....	160
4. Implicaciones sobre las libertades de establecimiento y circulación de la LEY 18/2023..	161
5. Nuevas realidades empresariales: los startups o empresas emergentes .....	163
6. Los nómadas digitales y los profesionales altamente cualificados .....	164

## **LA CONTRATACIÓN DE PROFESORADO SUSTITUTO PARA NECESIDADES DOCENTES EN LA UNIVERSIDAD..... 169**

EVA GARRIDO PÉREZ

1. Introducción .....	170
2. El contexto habilitante y operativo previo a la LOSU .....	173
3. Las necesidades docentes /académicas como “causa” de la contratación interina .....	175
4. Reacciones judiciales a prácticas irregulares de interinidad por necesidades docentes	180
5. El nuevo régimen contractual del profesor sustituto bajo la losu .....	186

## **LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL EMPLEO PÚBLICO..... 188**

MANUEL CORREA CARRASCO

1. Introducción.....	190
2. La evaluación del desempeño en el estatuto básico del empleado público .....	191
3. La dinámica aplicativa del modelo normativo de evaluación del desempeño.....	194
4. Las garantías para los empleados públicos en los procedimientos de evaluación del desempeño .....	196
4.1. La evaluación como derecho y el principio de igualdad.....	196
4.2. Las exigencias derivadas de los principios de objetividad, transparencia e imparcialidad en los sistemas de evaluación.....	199
5. Conclusiones.....	200
6. Bibliografía citada .....	202

## **EL DERECHO DE HUELGA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS..... 203**

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

1. El derecho de huelga en el empleo público: dudas sobre la inclusión de los funcionarios dentro del ámbito subjetivo del derecho de huelga .....	204
2. Aspectos actuales del ejercicio del derecho de huelga en el empleo público .....	207
2.1. Régimen jurídico del derecho de huelga.....	207
2.2. Ejercicio del derecho de huelga y concepto flexible de servicios esenciales.....	207
2.3. Arbitrariedad consciente en la determinación de los servicios mínimos .....	208
2.4. Empleo público, negociación colectiva y derecho de huelga.....	210
2.5. Deber de fidelidad o lealtad del empleado público y derecho de huelga.....	213
2.6. Efectos del derecho de huelga .....	214
3. Conclusiones .....	215

## **LA JUBILACIÓN EN EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS ..... 219**

JULIA MUÑOZ MOLINA

1. El régimen de clases pasivas del estado .....	220
2. La pensión de jubilación o retiro de los funcionarios .....	222
2.1. Las pensiones ordinarias de jubilación o retiro.....	222
2.1.1. Las clases de jubilación o retiro .....	222
2.1.2. Los requisitos necesarios para acceder a la pensión .....	225
2.1.3. Cálculo y cuantía de la pensión.....	226

2.1.4. Prolongación de la vida activa en el régimen de clases pasivas del estado.....	228
2.1.5. Incompatibilidades de las pensiones de jubilación o retiro.....	229
2.2. La pensión de jubilación extraordinaria.....	231
2.2.1. Requisitos.....	232
2.2.2. Cuantía de la pensión.....	232
2.2.3. Incompatibilidades.....	233
3. Revalorización, complementos a mínimos y límite de las pensiones.....	233
3.1. Revalorización.....	233
3.2. Complementos a mínimos.....	233
3.3. Límite de las pensiones.....	231
<b>EL DESPIDO COLECTIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRAS EL RDL 32/2021, DE 28-12</b> .....	<b>235</b>
INMACULADA BENAVENTE TORRES	
1. Introducción.....	236
2. El despido colectivo laboral en la administra en la administración pública antes del RDL 3/2012 .....	237
3. El despido colectivo laboral en la administración pública tras el RDL 3/2012 .....	240
4. La reforma de 2021 .....	243
<b>LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS CONSIDERACIONES SOCIALES, LABORALES Y AMBIENTALES. LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL</b> .....	<b>251</b>
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	
1. El nuevo paradigma global de la contratación pública.....	252
1.1. Objetivos de desarrollo sostenible. Agenda 2030 .....	252
1.2. La ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del parlamento europeo y del consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014....	252
1.2.1. Consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo en la contratación pública.....	253
2. Contratación.....	255
2.1. Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales y de contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad (artículo 129).....	255
2.2. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. (Artículo 130).....	255
2.3. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia (artículo 132). .....	256
2.4. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato. Las características medioambientales y sociales (artículo 145). .....	256
2.5. Criterios sociales de desempate (artículo 147).....	257
3. Ejecución.....	258
3.1. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (artículo 201).....	258
3.2. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (artículo 202).....	258
4. Contratos reservados.....	259
5. Entidades de la economía social. Marco de apoyo y promoción .....	262
6. Bibliografía.....	263
<b>LA FUTURA LEY DE FAMILIAS Y SU INCIDENCIA EN LA CONCILIACIÓN DE INTERESES PERSONALES Y LABORALES DEL EMPLEADO PÚBLICO...</b> .....	<b>265</b>
MARÍA LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	

1. Reflexiones previas.....	266
2. Contextualización. El marco regulatorio: un repaso a los antecedentes .....	267
3 La salvaguarda de intereses familiares y el fomento de la conciliación de las personas prestadoras de servicios: visión retrospectiva desde el derecho de la unión europea....	268
4. Políticas recientes de protección familiar .....	270
4.1. El anteproyecto de ley de familias y su repercusión en los derechos de conciliación. ....	270
4.2. Aclaraciones sobre el ámbito de aplicación del EBEP y del et en el empleo público.....	272
5. Referencia a las modificaciones mas relevantes del ebep y del et en materia de conciliación .....	273
6. Colofón .....	278

**CONSECUENCIAS DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL IRREGULAR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS: DESDE EL INDEFINIDO NO FIJO AL FIJO.....** 279  
ANTONIO COSTA REYES

1. Marco y contexto de la cuestión.....	280
2. La figura del indefinido no fijo como solución ante la contratación temporal irregular sustancial. Su cuestionable adecuación y suficiencia a las exigencias comunitarias derivadas de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada .....	282
3. La situación del trabajador que superó (sin plaza) un procesos selectivo .....	288
3.1. Proceso selectivo para una plaza indefinida-fija .....	289
3.2. Proceso selectivo para una plaza temporal .....	290
4. Conclusiones .....	292
5. Bibliografía.....	293

**INTERMEDIACIÓN LABORAL, ENTRE PÚBLICO Y PRIVADO, A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO .....** 297  
STEFANO BINI

1. Premisa .....	298
2. Introducción a la intermediación laboral en la nueva Ley de Empleo .....	298
3. Sobre la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral .....	300
4. La recolocación como dimensión clave de una intermediación orientada a transiciones profesionales justas .....	302
5. Apuntes para una reconstrucción del marco normativo en materia de intermediación laboral.....	304
6. Las políticas activas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. ....	305
7. Sobre la digitalización de la intermediación laboral: críticas y propuestas para un modelo eficiente.....	307

**LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS..** 311  
JOSÉ BASCÓN MARÍN.

1. Introducción .....	312
2. La representación unitaria en la función pública .....	313
2.1. La naturaleza de los órganos de representación unitaria .....	313
2.2. El ámbito subjetivo de la representación unitaria .....	314

2.3. La composición numérica de la representación unitaria .....	316
2.4. El mandato de los órganos de representación unitaria .....	316
2.5. Funciones de los órganos de representación unitaria .....	317
2.6. Garantías y derechos de los órganos de representación unitaria .....	320
3. La representación sindical. El sindicato .....	323
3.1. La titularidad del derecho de libertad sindical .....	323
3.2. Ámbito subjetivo del derecho de la libertad sindical .....	323
3.3. La actividad sindical dentro de la administración pública .....	324
3.4. La mayor representatividad sindical .....	326
3.5. El sindicato representativo del sector .....	327
3.6. La representación sindical en el ámbito de la administración pública .....	328
3.6.1. Las secciones sindicales .....	328
3.6.2. Los delegados sindicales .....	329
4. Los órganos de representación en materia de seguridad y salud laboral .....	330
4.1. Los delegados de prevención .....	331
4.1.1. Concepto y designación .....	331
4.1.2. Competencias y facultades .....	331
4.1.3. Garantías y deberes .....	333
4.2. El comité de seguridad y salud .....	333
4.2.1. Concepto .....	333
4.2.2. Competencias y facultades .....	334

**EL DESPIDO COLECTIVO PÚBLICO: METAMORFOSIS HACIA UN AVATAR  
TRAS UNA DÉCADA DE EXPRESA VIGENCIA NORMATIVA..... 335**

ARACELI VALLECILLO ORELLANA

1. Introducción .....	336
2. Naturaleza jurídica del despido colectivo público .....	337
2.1. Conceptualización y contextualización .....	337
2.1.1. Antecedentes normativos. Especial incidencia detonante .....	339
2.1.2. Breve comentario a determinados aspectos destacables relativos al ámbito subjetivo, causal y procedimental del despido colectivo del empleo público laboral de la administración pública .....	344
2.2. Transitoriedad del despido colectivo en la década de vigencia .....	351
2.2.1. Hacia una ambivalente regulación jurídica .....	353
2.2.2. Quintaesencia del personal INF .....	355
3. Derogación jurídica del despido colectivo público .....	358
3.1. Casuística .....	358
3.2. Consecuencias .....	360





## PRESENTACIÓN

### FEDERICO DURÁN LÓPEZ

Presentar un libro homenaje dedicado a un compañero con motivo de su jubilación académica no es tarea fácil. Cuando el compañero que se jubila es un discípulo, la dificultad de la tarea aumenta. Entre otras cosas porque cuando comienzan los homenajes no a los maestros sino a los discípulos, la aparición de un punto de melancolía es inevitable. Es verdad que, por su incorporación relativamente tardía a la vida académica, el caso de Pedro Gómez Caballero es especial y deberá transcurrir un lapso amplio hasta la jubilación de mis otros discípulos. Aun así, la fugacidad del tiempo se pone de manifiesto. “Ayer se fue, mañana no ha llegado, hoy se está yendo sin parar un punto”, como nos recordaba Quevedo, advirtiéndonos que “soy un fue, y un será, y un es cansado”.

Pero vencida la melancolía, la tarea se sigue complicando. Pedro no es solo un discípulo, es un amigo y un amigo entrañable que siempre ha dado ejemplo de bonhomía, de seriedad, de compromiso y de entrega a los demás. Este libro es un reconocimiento a su trayectoria académica e investigadora. Las líneas que siguen darán cuenta de los pormenores más destacados de la carrera académica de Pedro y tratarán de glosar sus hitos fundamentales, sobre los que descansa este merecido homenaje. Pero están escritas sobre todo desde el afecto, desde la admiración y desde el respeto.

Cuando, finalizados sus estudios de licenciatura, se planteó la incorporación al mundo académico de Pedro, le recomendé, dada su experiencia funcional, que dedicara su tesis doctoral al empleo público y, en concreto, a los derechos colectivos de los funcionarios. Su tesis doctoral, defendida en 1994, con ese mismo título, y publicada ese mismo año por el Consejo Económico y Social, constituyó una brillante aproximación a un tema de gran importancia y que requería, y todavía sigue requiriendo, de estudios y de propuestas normativas. Ese fue, por lo demás, el punto de partida de una intensa labor investigadora en relación con la función pública y con el empleo público, que ha hecho de Pedro Gómez Caballero uno de los más reputados especialistas en el tema. Las fuentes de la regulación de las relaciones en el empleo público, la contratación laboral, la protección de riesgos laborales y la seguridad y salud en el trabajo, los diversos tipos de jubilación y los derechos colectivos de los funcionarios y empleados públicos (negociación colectiva, procedimientos de solución de conflictos, derecho de huelga, órganos de representación unitaria) han sido estudiados con detenimiento y rigor por Pedro Gómez Caballero. Que se ha ocupado también de las particularidades de determinadas relaciones sectoriales del empleo público (por ejemplo, en las universidades).

La obra científica de Pedro, aun marcada por esta preferencia o esta particular atención al empleo público, ha abordado también otras cuestiones de alcance más general, tanto

en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo (despido disciplinario y colectivo, sustitución de ordenanzas, jubilación forzosa, incapacidad permanente, relación especial de alta dirección) como en el de la prevención de riesgos laborales y en el de los derechos colectivos, sin olvidar los estudios relativos a las cuestiones jurisdiccionales y al trabajo autónomo y cooperativo.

Y si relevante es la actividad investigadora, no menos lo es su actividad docente (primero como profesor titular de escuela universitaria, después como profesor titular de universidad y finalmente, desde 2011, como catedrático de universidad) y su experiencia de gestión académica, en el ámbito tanto de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, germen de la posterior Facultad de Ciencias del Trabajo, de la que fue director en dos periodos (1990-1993 y 1995-2001), como del departamento de derecho del trabajo y de la seguridad social que dirigió, y de la propia universidad de Córdoba de la que fue vicerrector desde 2002 a 2014. La impronta dejada por Pedro Gómez Caballero, tanto en la Facultad de Ciencias del Trabajo como en el rectorado de la Universidad, con una ejecutoria marcada por el buen hacer, por el rigor, por la eficiencia y por la seriedad es bien conocida por todos los universitarios cordobeses.

Por último, el reconocimiento de su valía profesional ha hecho que fuese requerido para diversas responsabilidades extra universitarias. Así, fue Juez sustituto en los juzgados de lo social de Córdoba desde 1989 a 1998, ha sido árbitro en los procedimientos de elecciones sindicales y ha presidido, durante nueve años, la Junta Rectora del Parque Natural de las Sierras Subbéticas.

Con todo, como decía, lo que marca la obra investigadora de Pedro Gómez Caballero (también, en alguna medida, su labor de gestión universitaria) es la dedicación a los temas relacionados con la función pública y con el empleo público. Por eso, este libro, que se debe a la iniciativa de Carmen Sáez Lara, catedrática de la Universidad de Córdoba y directora de su departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y que ha sido la coordinadora del volumen, se ocupa de los derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Gracias a la generosidad de los participantes, podemos contar con una serie de estudios de gran interés sobre los aspectos más relevantes del empleo público: sobre el acceso al mismo, con el análisis de Antonio Martín Valverde sobre el juego de los principios de mérito y capacidad; sobre el régimen jurídico de las correspondientes relaciones (la consolidación del empleo temporal, con estudio de Miguel Rodríguez-Piñero Royo; el régimen disciplinario, que estudia Antonio V. Sempere Navarro; los problemas del ciberacoso, que aborda Cristóbal Molina Navarrete; la contratación de personal sustituto universitario (Eva Garrido Pérez); la evaluación del desempeño, con estudio de Manuel Correa Carrasco; y el teletrabajo, estudiado, con una perspectiva más amplia, por José Manuel Gómez Muñoz); sobre la negociación colectiva (Jesús Cruz Villalón) y sobre el derecho de huelga (Juan Escribano). Lo que se completa con el estudio de Jaime Castiñeira sobre la protección social de los funcionarios públicos y el régimen de clases pasivas (que se mantiene en pie, a pesar de los sucesivos embates que contra el mismo se han dirigido y que han reducido significativamente su ámbito de afectación personal).

A todos estos estudios hay que unir los de sus compañeros en el departamento de derecho del trabajo y seguridad social de la Universidad de Córdoba, que se ocupan de los derechos colectivos (Carmen Sáez Lara y Juan Bascón), de la conciliación (María Luisa Rodríguez Copé), de los despidos colectivos en el ámbito del empleo público (Inmaculada Benavente y Araceli Vallecillo), de la jubilación en el régimen de clases pasivas (Julia

Muñoz Molina), de la contratación irregular de empleados públicos (Antonio Costa), de la Ley de contratos del sector público y la contratación de empresas de economía social (Manuel García Jiménez), y de la intermediación laboral, entre público y privado, de la nueva ley de empleo (Stefano Bini). Ley de Empleo que estudia también, con una visión panorámica, Federico Navarro Nieto.

Todas estas aportaciones conforman un excelente volumen, que para Pedro Gómez Caballero representa un merecido y sentido homenaje, que constituirá una guía fundamental para abordar los numerosos problemas jurídicos que afectan al empleo público, funcional y no, y que alimentará, asimismo, no me cabe duda, los debates y los estudios requeridos para su necesaria reforma.

Mi agradecimiento pues a todos los que generosamente han colaborado en este volumen y mi agradecimiento especial a Carmen Sáez Lara, inspiradora y responsable de su coordinación. Y mis deseos de que, pese a su jubilación podamos seguir contando con los consejos de Pedro Gómez Caballero, fundados siempre en sus sólidos conocimientos de los temas y en su no menos sólido sentido común.

Córdoba, mayo 2023



## **PROF. DR. PEDRO GÓMEZ CABALLERO**

### **CURRICULUM VITAE**

#### Instituciones

- Universidad de Córdoba (ESP)  
(Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

#### Área de conocimiento

- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

#### Aclaración de materia/profesión

- Catedrático de Derecho del Trabajo

#### Periodo de publicación recogido

- 1986 – 2022

### **TÍTULOS ACADÉMICOS**

Doctor en Derecho

Licenciado en Derecho

Maestro de 1ª Enseñanza

### **GESTIÓN ACADÉMICA (CARGOS)**

- Director de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales (1990-1993)
- Director de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales (1995-2001)
- Vicerrector de la Universidad de Córdoba (2002-2014)
- Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba
- Director del Máster en Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Córdoba (varias ediciones)
- Director del Máster en Dirección de Empresas de Economía Social (varias ediciones)
- Miembro de la Comisión Específica de Evaluación de Ciencias Sociales y Jurídicas de la AQU de Cataluña (20017-2021)

## ACTIVIDAD DOCENTE

- Profesor Titular de Escuelas Universitarias (17-10-1989 a 29-1-1995)
- Profesor Titular de Universidad (30-1-1995 a 4-3-2011)
- Catedrático de Universidad (5-3-2011 a 6-6-2022)

## ARTÍCULOS DE REVISTAS

- El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 161, 2022 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la reforma laboral de 2021 para la pospandemia), págs. 431-445
- Especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el ámbito de los funcionarios públicos. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 154, 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre mediación y arbitraje en la resolución de los conflictos laborales), págs. 195-218
- Las facultades de control del estado de salud del trabajador. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos), págs. 211-225
- Las relaciones laborales del personal docente en la enseñanza privada concertada. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 135, 2016 (Ejemplar dedicado a: Las Especialidades Laborales de la Participación de la Iniciativa Privada en la Actuación Pública), págs. 393-431
- La negociación de convenio empresarial con elecciones sobrevenidas. Revista española de derecho del trabajo, ISSN 2444-3476, N°. 176, 2015, págs. 105-123
- Seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 130, 2015 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el impacto de la Jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España), págs. 161-194
- El papel de las Administraciones públicas en materia de prevención de riesgos laborales. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, N° 125, 2014 (Ejemplar dedicado a: El nuevo papel de la Administración Pública en las relaciones laborales), págs. 115-145
- Globalización, relaciones laborales y nuevas formas de trabajo. Atti della Accademia Peloritana dei Pericolanti, Anno Accademico CCLXXXI (2010), Messina-Napoli 2013, págs.. 23-64.
- La jubilación parcial del personal estatutario: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Social, Sala general, de 22 de julio de 2009). Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, Vol. 2, N°. 21 (mar), 2010, págs. 77-92
- La jubilación de los funcionarios en el Estatuto Básico del Empleado Público: el problema de la jubilación parcial. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, ISSN 1130-7331, N° 236-237, 2010, págs. 37-56

- Las relaciones laborales del personal al servicio de las universidades públicas de Andalucía. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 100, 3, 2009 (Ejemplar dedicado a: Las Relaciones Laborales en Andalucía), págs. 1221-1261
- La jubilación forzosa como medida de fomento del empleo en el sector público. Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, Vol. 1, Nº 2 (Mayo), 2008, págs. 55-65
- Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 2008, págs. 593-619
- Las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Aranzadi social, ISSN 1131-5369, Nº 5, 2005, págs. 1367-1386
- La aplicación del derecho transitorio de la Ley 14 /2005, de 1 de julio, en vía de suplicación. Aranzadi social, ISSN 1131-5369, Nº 5, 2005, págs. 1519-1530
- Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 2005, págs. 703-728
- Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 77, 2004, págs. 11-34
- La incapacidad permanente: algunos aspectos de la modalidad contributiva. Civitas. Revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, Nº 112, 2002, págs. 521-554
- La formación para la prevención de riesgos laborales. Revista La Mutua. Años 2002, Volumen I, nº 6, págs. 6-34.
- La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública ( A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000). Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 2001, págs. 163-184
- La regulación sobre directores generales de cajas de ahorros y su constitucionalidad (especial consideración del caso andaluz). Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 2000, págs. 1381-1402
- La Adaptación de las normas de la seguridad social al trabajo a tiempo parcial en las sociedades Cooperativas de trabajo asociado (A propósito del RD 1278/2000, de 30 de junio). Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales, ISSN-e 2173-6812, ISSN 1136-3819, Nº 8-9, 2000 (Ejemplar dedicado a: Economía social), págs. 89-100
- El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 1996, págs. 479-506
- Aspectos problemáticos en la cobertura negocial de materias reguladas por laudo tras la derogación de la Ordenanza: El supuesto de una ordenación por acuerdo



de empresa en el ámbito de la minería del carbón. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 1996, págs. 1310-1318

- El nuevo sistema electoral para la elección de los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 1, 1995, págs. 482-502
- Competencia jurisdiccional y tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 22 de octubre de 1992, y Sala 3ª, de 8 de febrero de 1994). Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 1, 1995, págs. 587-601
- La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad y la regulación de empleo. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 1992, págs. 380-
- El valor del Acuerdo de regulación de empleo del artículo 51,1 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho a contratar (Comentario a la Sentencia del TSJ Andalucía de 3 de abril de 1992). Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 1992, págs. 476-484
- La responsabilidad del pago de salarios de tramitación en vía de recurso en el personal de alta dirección. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, Nº 2, 1991, págs. 1433-1436
- El derecho de huelga en la Función Pública. Civitas. Revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, Nº 27, 1986, págs. 387-424

## COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el ámbito de los funcionarios públicos. Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico: Libro en homenaje a Federico Durán López / coord. por Carmen Sáez Lara, Federico Navarro Nieto, Pedro Gómez Caballero; Federico Durán López (hom.), 2021, ISBN 9788498904123, págs. 497-51
- Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico: Libro en homenaje a Federico Durán López / coord. por Carmen Sáez Lara, Federico Navarro Nieto, Pedro Gómez Caballero; Federico Durán López (hom.), 2021, ISBN 9788498904123, págs. 497-510
- El procedimiento de negociación del convenio colectivo estatutario y el funcionamiento de su ultraactividad. En la obra colectiva La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del siglo XXI: Libro en Memoria de la profesora María José Rodríguez Crespo / coord. por Carmen Sáez Lara, Federico Navarro Nieto; María José Rodríguez Crespo (hom.), 2020, ISBN 9788418330117, págs. 57-86
- El marco normativo del empleo autónomo y sus reformas recientes. Efectos sobre la evolución del autoempleo. En El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas / José Manuel Gómez Muñoz (dir.), 2019, ISBN 978-84-17310-75-2, págs. 59-91

- Votaciones. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco / coord. por José María Goerlich Peset, 2016, ISBN 978-84-9119-935-9, págs. 1417-1427
- Los aspectos individuales de las actividades fronterizas: en particular el trabajo autónomo. Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (aut.), 2016, ISBN 978-84-16668-11-3, págs. 15-80
- La libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores. Pedro Gómez Caballero, María Mercedes Zarzalejos Carbajo. Manual de derecho social de la Unión Europea / coord. por Antonio Costa Reyes, 2011, ISBN 978-84-309-5194-9, págs. 85-126
- Extinción de la relación de trabajo (II): Despidos. Tratado práctico de derecho del trabajo y seguridad social / coord. por Joaquín García Murcia; Antonio Martín Valverde (dir.), 2002, ISBN 84-8410-858-9, págs. 1285-1357
- La extinción del contrato de trabajo: actualización legal y jurisprudencial. Francisco Alemán Páez, Manuel García Jiménez, Carmen Sáez Lara, Inmaculada Benavente Torres, Pedro Gómez Caballero, Carmen Moreno de Toro. / coord. por Jesús Cruz Villalón, 2002, ISBN 84-95118-63-7, págs. 187-252
- Concurrencia procedimental y recargo de prestaciones económicas del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social. VIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales / coord. por José Cabrera Bazán, 1991, ISBN 84-7936-004-6, págs. 259-280.

## LIBROS

- Nuevos empleos para mujeres de Córdoba: los servicios de proximidad como yacimientos de empleo en las mancomunidades y Córdoba Capital: proyecto EQUAL, Agrupación de Desarrollo nº 430. Julia Muñoz Molina, María José Rodríguez Crespo, Araceli Vallecillo Orellana, Manuel García Jiménez; Pedro Gómez Caballero (dir.). Diputación de Córdoba, 2007. ISBN 84-8154-206-7
- Apuntes sobre la jubilación forzosa. Pedro Gómez Caballero, Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, Antonio Vicente Sempere Navarro. Thomson Reuters Aranzadi, 2006. ISBN 84-9767-696-3
- La participación de los trabajadores y los funcionarios en la prevención de riesgos laborales. Sevilla : Mergablum, 2003. ISBN 84-95118-80-7
- La explotación de los nuevos yacimientos de empleo por las empresas andaluzas de economía social. Pedro Gómez Caballero y Manuel García Jiménez. CEPES 2001. ISBN 84-699-7732-6
- Los trabajadores autónomos y la seguridad social: campo de aplicación y acción protectora del RETA. Tirant lo Blanch, 2000. ISBN 84-8442-069-8
- Los derechos colectivos de los funcionarios. Consejo Económico y Social de España, 1994. ISBN 84-8188-006-X

Ha sido reseñado en:

- Los derechos colectivos de los funcionarios
- Isabel Pérez Vicente
- Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, N° 93, 1997, págs. 148-150

## **TESIS**

- Los derechos colectivos de los funcionarios  
Pedro Gómez Caballero  
Tesis doctoral dirigida por Federico Durán López (dir. tes.). Universidad de Córdoba (ESP) (1994).
- Tesis dirigidas  
Las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales  
Reyes Alonso Martín Coletto  
Tesis doctoral dirigida por Pedro Gómez Caballero (dir. tes.). Universidad de Córdoba (ESP) (2017).
- Coordinación  
Obras Colectivas  
Los desafíos del Derecho del trabajo ante el cambio social y económico: Libro en homenaje a Federico Durán López. coord. por Carmen Sáez Lara, Federico Navarro Nieto, Pedro Gómez Caballero; Federico Durán López (hom.). Iustel, 2021. ISBN 9788498904123

## **OTRAS ACTIVIDADES PROFESIONALES**

- Funcionario del Cuerpo General Auxiliar de la Administración Civil del Estado (27-9-1971 a 24-9-1978)
- Funcionario del Cuerpo General Administrativo de la Administración Civil del Estado (25-9-78 a 16-10-1989)
- Juez Sustituto (1-8-1989 a 31-12-1998)
- Árbitro elecciones sindicales
- Vocal del Consejo Municipal de Reclamaciones Económico-Administrativas del Ayuntamiento de Córdoba

## **OTRAS ACTIVIDADES NO PROFESIONALES (NO REMUNERADAS)**

- Presidente de la Junta Rectora del Parque Natural de las Sierras Subbéticas durante 9 años.

**SOBRE EL MÉRITO Y LA CAPACIDAD  
EN EL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL**

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

SUMARIO:

1. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL MARCO CONSTITUCIONAL
2. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: FUNCIONARIOS Y LABORALES
3. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DESARROLLO LEGISLATIVO
4. LOS CONCEPTOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ACEPCIONES Y DIMENSIONES
5. LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE RÉGIMEN LABORAL

## 1. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL MARCO CONSTITUCIONAL

A partir de la superación de los privilegios estamentales, las sociedades contemporáneas han justificado la asignación de ventajas económicas y cargos o posiciones de autoridad en el principio del mérito; de ahí su calificación como “sociedades meritocráticas”<sup>1</sup>. No puede extrañar por ello que las Constituciones contemporáneas se refieran a este criterio de ordenación de la vida social tanto en la organización de las entidades públicas como en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos. Así sucede en la Constitución Española (CE).

Una primera referencia alusiva al mérito como criterio de asignación de ventajas o derechos se encuentra en el artículo 23.2 CE. Como se recordará, este precepto reconoce a los ciudadanos el “derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. Se trata, si bien se mira, de una referencia implícita pero inequívoca al principio del mérito. En efecto, la mención de la igualdad comporta, en sentido positivo, la invocación de un criterio de idoneidad para el desempeño del cargo o función, cuyo componente principal, en una Administración que aspire a una gestión eficaz de los asuntos públicos, ha de ser necesariamente (no debe ni puede ser otro) que la capacidad y los méritos acreditados –o la mayor capacidad y méritos acreditados– por parte de los aspirantes<sup>2</sup>.

El acceso de los ciudadanos a “las funciones o cargos públicos” se reconoce en el artículo 23.2 CE sin distinción de la naturaleza o del rango de las funciones o cargos públicos considerados. Basta, por tanto, para delimitar el radio de acción del principio del mérito, con que el “empleo” u “oficio” (significado de “cargo” según los Diccionarios RAE y María Moliner) correspondan al desempeño de una plaza o puesto de trabajo en la Administración Pública o en las instituciones del Estado. A este resultado conduce, al menos, la interpretación gramatical del precepto<sup>3</sup>.

Vista desde el reverso, la exigencia de “condiciones de igualdad” para el acceso al empleo público comporta también, desde luego, la ausencia de discriminación o trato desigual injustificado en la asignación de las funciones o cargos de la Administración.

De este modo, el artículo 23.2 CE enlaza con la norma general prohibitiva de la discriminación contenida en el artículo 14 CE. Como también es sabido, en esta última se desprende de la proclamación de la igualdad “ante la ley” el impedimento de

<sup>1</sup> La cita obligada sobre el tema, donde al parecer se acuña el término, es M. Young, *El triunfo de la meritocracia, 1874-2034*, Tecnos, Madrid, 1964 (original de 1958). Para J. Rawls, en su obra seminal *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Canbridge, Massachuset, 1973), la sociedad meritocrática se define por dos notas: 1) la apertura o admisibilidad de todos los ciudadanos a puestos de responsabilidad (*careers open to all*); y 2) la igualdad de oportunidades como medio de aplicar energías en la consecución de prosperidad y poder (p. 106). En la literatura más reciente sobre la materia vale la pena mencionar, aunque no sea más que por el eco alcanzado, M. Sandel, *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, 2020. Pero debo decir que, por razones que no puedo desarrollar aquí, su crítica a la meritocracia me parece excesiva y conceptualmente desenfocada. A mi juicio, la sociedad meritocrática no comporta *per se* la preterición del bien común, sino más bien al contrario. A ello hay que añadir que la meritocracia no debe caracterizarse tampoco por los posibles efectos colaterales negativos –la arrogancia de los ganadores y el resentimiento de los perdedores– que eventualmente puedan derivarse de una versión extremada de la misma.

<sup>2</sup> Una aclaración de terminología tal vez valga la pena hacer en este momento. Utilizamos la expresión de síntesis “principio del mérito” para referirnos a lo que las leyes españolas denominan tradicionalmente “mérito y capacidad”. Volveremos luego sobre este punto.

<sup>3</sup> La definición y el ejemplo escogido por el segundo de los diccionarios citados son bien significativos de la amplitud del concepto de “cargo”: “Función retribuida que alguien desempeña en un establecimiento, un organismo, una oficina, una fábrica, etc.: tiene el cargo de portero de un ministerio”.

“discriminación alguna” por una serie de causas indicadas en una enumeración abierta (“nacimientO, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”).

Pero, dicho lo anterior, debe advertirse que entre las causas de discriminación del artículo 14 CE no figura la nacionalidad o ciudadanía, que sí puede en consecuencia constituir en determinados aspectos de la vida (sin ir más lejos, en la cobertura de empleos públicos) una causa justificada de trato desigual. Es más, la igualdad ante la ley exigida en dicho precepto se predica solo, en principio, para los ciudadanos “españoles”.

En el empleo público *sensu lato* el atributo de la nacionalidad o ciudadanía suele tener, y tiene de hecho entre nosotros, un papel doble: 1) es, como se ha visto, condición para la titularidad del derecho constitucional reconocido en el artículo 23.2 CE; y 2) es, según se apuntará luego, requisito legal para la ocupación de los cargos que conllevan el ejercicio de determinadas potestades del Estado como la jurisdicción, la defensa, la policía, la diplomacia o la representación política.

Los estudios doctrinales sobre el derecho constitucional al acceso al empleo público en condiciones de igualdad conectan con razón el artículo 23.2 CE con la disposición contenida en el artículo 103.3 CE<sup>4</sup>. Este último precepto, incluido en el Título IV de la norma fundamental dedicado al “Gobierno” y a la “Administración”, establece, ya *expressis verbis*, que “el acceso a la función pública” se efectuará “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. Y señala además que la regulación de éste y otros aspectos del derecho constitucional en cuestión corresponde a una ley sobre “el estatuto de los funcionarios públicos”.

La justificación de los “principios de mérito y capacidad” establecidos en esta disposición salta a la vista: se trata de seleccionar a los servidores públicos más cualificados y competentes, es decir, a los que tengan condiciones para desempeñar mejor las funciones o cargos asignados. Esta justificación intuitiva se puede rastrear además sin especial dificultad en el propio texto constitucional. El mismo artículo 103.1 CE exige no sólo “objetividad” sino también “eficacia” en el servicio a los “intereses generales” por parte de la Administración Pública.

Además de en los artículos 23.2 y 103.3, la Constitución Española apunta al principio del mérito en otro precepto de carácter general, al que seguramente no se ha prestado toda la atención que merece. Nos referimos al artículo 35.1, relativo a los derechos laborales o profesionales. En dicha disposición se reconoce a “todos los españoles”, entre otros, el “derecho a la promoción a través del trabajo”.

Desentrañar el significado y la trascendencia práctica de este derecho laboral o profesional no es tarea fácil<sup>5</sup>. En cualquier caso, no cabe duda sobre su titularidad o atribución a todos los ciudadanos, con independencia del sector público o privado en que

---

<sup>4</sup> Por todos, y con las oportunas referencias bibliográficas, M. Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, p. 126 ss.; y R. Parada y J. Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed., Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2019, p. 260 ss.

<sup>5</sup> El reconocimiento del derecho a la promoción a través del trabajo es un rasgo peculiar de la Constitución Española, que no tiene equivalente en un panorama de derecho comparado. El impacto o repercusión de este derecho constitucional es apreciable, desde luego, en las relaciones de trabajo o actividad (empleo asalariado privado o público, trabajo autónomo); pero a nuestro juicio debe traducirse también, en calidad de principio de derecho, en el tratamiento normativo más favorable de los trabajadores de toda clase respecto de los no trabajadores (rentistas, inactivos, ociosos) en otras ramas del ordenamiento, como por ejemplo el derecho tributario. Sobre el tema, A. Martín Valverde, “El derecho a la promoción a través del trabajo: un balance provisional”, *Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, p. 299-319.

estén empleados; y con independencia, dentro del sector público, del vínculo jurídico funcionarial o laboral que rija el empleo. También es clara la relación del derecho constitucional a la promoción a través del trabajo con el principio del mérito. Una determinación más precisa del significado de tal principio será apuntada más adelante. Bástenos con señalar en este momento que el trabajo en sus distintas acepciones –actividad de producción, aplicación y esfuerzo acumulado de energías físicas o intelectuales, logro de frutos o resultados productivos– es uno de los ingredientes o factores principales del mérito profesional o laboral. Así resulta, también aquí sin necesidad de mayores explicaciones, en una primera aproximación intuitiva.

## 2. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: FUNCIONARIOS Y LABORALES

Las cuestiones de interpretación jurídica que plantean los preceptos constitucionales sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público son numerosas y de apreciable envergadura. Nos proponemos en el presente ensayo una sumaria aproximación a su estudio. Pero hay una que nos interesa destacar en este momento: ¿Solo cabe exigir la selección por mérito y capacidad a los funcionarios públicos en sentido estricto? O por el contrario: ¿deben utilizarse los instrumentos jurídicos del principio del mérito también en el empleo público de régimen laboral?

En apoyo de la primera opción interpretativa puede aducirse la máxima *inclusio unius exclusio alterius*. La aplicación de la misma en nuestro tema inclinaría a pensar que si el artículo 103.3 CE sólo menciona a los funcionarios hay que entender excluidos de su campo de aplicación a los empleados públicos laborales. En cambio, en apoyo de la segunda opción abogaría el criterio de la interpretación sistemática. Según este canon hermenéutico, la determinación del significado de las “condiciones de igualdad” del art. 23.2 CE debería dilucidarse en conjunción (“identidad de razón”) con lo dispuesto para la función pública en el art. 103.3 CE, donde se exige expresamente, como se sabe, la selección por mérito y capacidad.

Pues bien, en nuestra opinión, esta segunda solución de extender el principio constitucional del mérito a los vinculados a la Administración Pública por un contrato de trabajo parece preferible a la solución contraria. Vale la pena desarrollar el razonamiento, aunque sea brevemente. El primer paso del mismo sería el siguiente: la formulación literal del artículo 103.3 CE no obliga en realidad a descartar de la valoración de mérito en el acceso al empleo público de los empleados de régimen laboral. Aunque no sea poco, la cláusula *inclusio unius exclusio alterius* no va más allá de presuponer un uso del lenguaje por parte del legislador que, como tal, tiene un valor meramente indiciario.

Segundo paso del argumento: proyectado sobre el enunciado del art. 103.3 CE, el indicio de exclusión de los laborales que podría derivarse de una mención limitada a los funcionarios puede y debe ser neutralizado por la señalada conexión del mismo con el artículo 23.2 CE. Las “condiciones de igualdad” en el acceso al empleo público que postula el derecho constitucional reconocido en esta disposición regirían así tanto para el acceso a la función pública como para el acceso a los cargos o empleos de régimen laboral en la Administración Pública<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> En el mismo sentido, con crítica a pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sentido contrario, M. Beladiez Rojo, “El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, en AA.VV.

La última (y a nuestro juicio) definitiva parte de nuestra argumentación invoca una razón sustantiva –“el espíritu” o “finalidad” de la norma constitucional–, que tiene en cuenta, pero va más allá de su formulación literal –“las palabras” de la ley–. Esta interpretación finalista atiende en la hermenéutica de los preceptos examinados a una consideración por decirlo así sociológica o de experiencia de la vida en sociedad: todo el sector público administrativo, y no solo la función pública, requiere, para servir “con objetividad” a los “intereses generales” (art. 103.1 CE), el recurso a los instrumentos jurídicos específicos de selección del personal que posibilitan la aplicación del principio del mérito. Ello es así porque en el conjunto del sector público administrativo, y no solo en la función pública, faltan o desfallecen los mecanismos de autoprotección de intereses que son consustanciales a las relaciones de mercado.

En efecto, la experiencia histórica ha demostrado en todas partes<sup>7</sup> que, ante la ausencia o debilidad de los estímulos del mercado, los organismos o sujetos que encarnan el Gobierno y la Administración están más expuestos a criterios de selección del personal inadecuados y arbitrarios. La amistad, o el parentesco, o la vecindad, o la afinidad política, o el interés clientelar, o la pertenencia de grupo pueden ser criterios válidos de actuación en otros ámbitos de la vida social, pero no, desde luego, en la provisión con “eficacia” de empleos o cargos públicos, sean de régimen estatutario o funcionarial o de régimen laboral.

En conclusión, salvo imposibilidad o dificultad manifiestas e insuperables, como una necesidad extraordinaria y urgente, la garantía de la igualdad en el acceso al empleo público exige también para los empleados laborales el recurso a procedimientos objetivos de valoración del mérito y la capacidad de distintos potenciales aspirantes. La Administración Pública se encuentra a extramuros del mercado de trabajo<sup>8</sup> y, ante la falta de las señales o estímulos que éste proporciona, debe defender los intereses generales encomendados mediante la puesta en práctica del principio del mérito –el “mérito” en sentido restringido más la “capacidad”– también en la selección del personal laboral a su servicio.

Ahora bien, la aplicación al personal laboral del principio de mérito en el acceso al empleo público no obliga a utilizar para este segmento de colaboradores los mismos sistemas selectivos que rigen para los funcionarios. En la función pública, a diferencia del empleo público de régimen laboral, la selección debe ser tendencialmente exhaustiva, teniendo en cuenta dos características señaladas de la primera que no concurren en el segundo.

Una es la naturaleza de los servicios prestados, que en la función pública afectan a menudo al núcleo de los poderes del Estado; lo que, por ministerio de la ley y sin prejuzgar el grado o nivel profesional, no sucede en los vinculados con la Administración por un contrato de trabajo<sup>9</sup>. La segunda característica, derivada de la anterior, es la garantía de

(Dir. M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, España, 2008, p. 577 ss.

<sup>7</sup> Para la evolución histórica y el derecho comparado, panorámicamente, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, 12<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, p. 25 ss.; y R. Parada y J. Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2019, p. 24-28 y 56-83.

<sup>8</sup> A. Martín Valverde, *Derecho del Trabajo y mercado de Trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 162 ss.

<sup>9</sup> De ahí la importancia del “deslinde” conceptual de los cargos o empleos que implican ejercicio de la autoridad del Estado reservadas a la Función Pública (en la dicción del artículo 9.2 EBEP: “funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”); cuestión esta de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo (y también de Derecho de la Unión Europea) que repercute en el tema de nuestro estudio, pero que excede del mismo.



inamovilidad del grueso de los funcionarios (los “funcionarios de carrera”, no así los “interinos” y los “eventuales”); particularidad del régimen jurídico funcional que no concurre en el empleo público laboral, donde la relación de trabajo puede ser extinguida por causas objetivas atinentes al puesto de trabajo desempeñado<sup>10</sup>.

Por decirlo con las expresiones clásicas, la estabilidad en el empleo, y la consiguiente exigencia de exhaustividad en el control de acceso a los puestos de trabajo, es máxima en el grueso de la función pública. Ciertamente, la inamovilidad no debe confundirse con la propiedad del puesto<sup>11</sup>, pero sí comporta en nuestro ordenamiento un derecho a la permanencia en el desempeño del empleo, salvo causa disciplinaria de pérdida del mismo (“separación del servicio”, en los términos del artículo 96.1 EBEP). En cambio, en el personal laboral el empleo estable permanente no es una regla estricta sino un principio o *desiderátum* que tiene indudable eficacia jurídica, pero que ha de ponderarse en combinación con otros principios o criterios de ordenación como la productividad, o la disponibilidad o flexibilidad de las plantillas.

En definitiva, el error en la selección, y el perjuicio del derecho de acceso de otros ciudadanos, son más graves e irremediables en los funcionarios que en los empleados públicos laborales. Y, siendo ello así, el rigor en la selección de estos últimos puede y debe combinarse con otras consideraciones de interés público atendibles en la gestión de personal.

### 3. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO DE RÉGIMEN LABORAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DESARROLLO LEGISLATIVO

El reconocimiento en leyes políticas fundamentales del mérito y la capacidad como criterios preferentes para el acceso al empleo público se produce por primera vez entre nosotros al cabo del primer tercio del siglo XIX, en la Constitución de la Monarquía Española de 1837. Su artículo 5º, que al parecer se adelanta apreciablemente a los equivalentes de otros países de nuestro entorno<sup>12</sup>, dice así: “Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad”. No encontramos, en cambio, un precepto equivalente en la Constitución de Cádiz de 1812 ni para la obtención de “empleos municipales” (art. 23), ni para la provisión de “empleos civiles y militares” (art. 171.quinta).

La norma sobre el principio del mérito en el acceso al empleo público se ha mantenido desde la Constitución de 1837 en sucesivos textos constitucionales históricos,

<sup>10</sup> Sobre la tortuosa evolución de la regulación en la materia, A. Martín Valverde y J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 31ª edición, Tecnos, Madrid, 2022, p. 885.

<sup>11</sup> Se destaca el carácter instrumental de la inamovilidad como salvaguarda de la “objetividad e imparcialidad” del funcionario en R. Parada y J. Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed., Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2019, p. 38-39. De donde se desprende que el derecho a la inamovilidad del funcionario no pueda confundirse con la propiedad del puesto de trabajo; en este sentido M. Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, p. 232-233. Ahora bien, la propiedad *sensu stricto* y la consiguiente transferibilidad o venalidad del oficio público no fue, como se recuerda en esta última obra (p. 25 ss.), un fenómeno extraño en los ordenamientos del Antiguo Régimen, que solo en la Europa “ilustrada” del siglo XVIII (con Prusia a la cabeza) cede progresivamente el terreno

<sup>12</sup> Con la salvedad conocida de Francia, donde el artículo 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, inspiración evidente de nuestras Constituciones históricas, reconocía la “admisibilidad” de “todos los ciudadanos” a los “cargos y empleos públicos” según “su capacidad”, y “sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

prácticamente con la misma fórmula. Así ocurre, con eventuales adiciones o complementos de importancia secundaria, en la Constitución de 1845 (art. 5), en la Constitución de 1869 (art. 27), en la Constitución republicana de 1873 (art. 29), en la Constitución de 1876 (art. 15) y en la Constitución republicana de 1931 (art. 40)<sup>13</sup>. Y así ha llegado, como se ha visto, hasta la Constitución vigente de 1978.

Pero en ninguna de las Constituciones anteriores, ni tampoco en la actual, existe mención específica de los empleados públicos de régimen laboral; ni existe, por tanto, *a fortiori*, mención alguna de la aplicación a los mismos del principio del mérito en el acceso al servicio de la Administración. La explicación de la ausencia es bien fácil. El empleo público laboral es un fenómeno relativamente reciente, paralelo al crecimiento a lo largo del siglo XX del intervencionismo estatal en la vida económica y de la formación o desarrollo de las instituciones propias del Estado social<sup>14</sup>: obras públicas, educación obligatoria, asistencia sanitaria pública, seguridad social, servicios públicos asistenciales.

El desempeño de estas actividades del Estado intervencionista y del Estado-providencia no comporta, en realidad, participación en el ejercicio de la coerción o de la autoridad que han acompañado habitualmente a la función pública clásica. Y, además, las necesidades de personal de estas nuevas ramas “prestacionales” del sector público administrativo dependen en buena medida de contingencias o circunstancias económicas y demográficas, que pueden variar apreciablemente de un territorio a otro y de un momento histórico a otro. Piénsese, sin ir más lejos, en la realización de grandes obras públicas, o en la ocurrencia de epidemias y pandemias, o en las necesidades derivadas del envejecimiento de la población, o en las bolsas de pobreza y desempleo generadas en situaciones de crisis.

De lo anterior se desprende que los principios reguladores de la relación jurídica de los funcionarios –“nombramiento”, régimen “estatutario” uniforme, “inamovilidad”–, establecidos para las instituciones ejecutivas y jurisdiccionales del Estado-gendarme, pueden a menudo resultar inadecuados para la aportación de los servicios profesionales o laborales de estos segmentos más recientes de la Administración Pública. Por poner algunos ejemplos: el ingeniero de caminos, o el jardinero municipal, o el miembro de las patrullas de extinción de incendios forestales, o el cuidador de personas dependientes, o los encargados de la atención a inmigrantes necesitados; todos estos y otros muchos empleos u oficios públicos actuales o bien no se ajustan satisfactoriamente al modelo funcionarial, o bien no se ajustan al estatuto funcionarial de la misma manera que los diplomáticos, los jueces, los notarios o los policías<sup>15</sup>.

En España, el empleo público de régimen contractual o laboral, cuya proporción alcanza hoy por hoy un porcentaje apreciable pero limitado en el conjunto<sup>16</sup>, aparece no

<sup>13</sup> Facilita la consulta de nuestras Constituciones históricas la recopilación de E. Tierno Galván, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Tecnos, Madrid, 1972, de la que he tomado las citas de las disposiciones. Entre las adiciones o complementos a la reproducida fórmula inicial de la Constitución de 1837 encontramos: 1) la referencia en la Constitución de 1869 a la no discriminación en la admisión por razón de “la religión que profesen los españoles”; 2) la mención en el mismo texto de la exclusión de los extranjeros no naturalizados de “cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción”; 3) la inclusión de esta última cláusula de exclusión de los extranjeros, con similar redacción, en la Constitución de 1873; y 4) la introducción en la Constitución de 1931 de dos incisos en la fórmula tradicional, uno para remarcar que los “empleos y cargos públicos” están abiertos a todos los españoles “sin distinción de sexo”, y otro para remitir el régimen de “incompatibilidades” a lo que “las leyes señalen”.

<sup>14</sup> En este sentido M. Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, p. 33 ss.

<sup>15</sup> Este último es el caso de los empleados de los servicios públicos de la salud, cuyo régimen se ajusta también al modelo “estatutario” uniforme funcionarial, pero se diferencia netamente de las ramas clásicas de la función pública.

<sup>16</sup> Datos detallados, obtenidos del Registro de Personal de julio de 2018, en R. Parada y J. Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed., Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2019, p. 52 ss. La cifra aportada para “interinos”

en las Constituciones pero sí en las disposiciones legislativas de la segunda mitad del siglo pasado; concretamente en la normativa de los funcionarios civiles del Estado de los años sesenta. La “Ley articulada” reguladora a la sazón de la relación de servicios a la Administración Pública (aprobada por el Decreto legislativo 315/1964) preveía no sólo la contratación (administrativa) de personal para la realización de “estudios, proyectos o dictámenes y otras prestaciones” (art. 6º), sino también la existencia de trabajadores al servicio de la Administración sometidos “plenamente” a la “legislación laboral” (art. 7º).

En lo que concierne a nuestro tema de estudio, el acceso al empleo público de régimen laboral de acuerdo con criterios de mérito y capacidad es exigido de manera expresa en la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. El artículo 19.1 de esta disposición establece (la cita es larga, pero vale la pena en el presente ensayo) que las “Administraciones Públicas seleccionan su personal, *ya sea funcionario, ya laboral* [...] mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad, así como el de publicidad”.

Tras el reconocimiento provisional en los textos legislativos indicados, una consideración más detallada del empleo público de régimen laboral ha tenido lugar en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuyo texto refundido se contiene en el Real Decreto Legislativo 5/2015. Respecto del “mérito” y de la “capacidad” (expresiones tradicionales que el EBEP se cuida de mantener), la consideración de estas circunstancias personales de los candidatos es elevada a la condición de principio o “fundamento de actuación” “en el acceso y en la promoción profesional” del personal al servicio de la Administración [art. 1.3 b)], con validez por tanto para el conjunto de los empleados, sean funcionarios o laborales. La regulación general de los procedimientos correspondientes se contiene en los artículos 55-62 EBEP, dentro del Capítulo dedicado al “acceso al empleo público”, cuyo campo de aplicación incluye expresamente la selección del “personal *funcionario y laboral*” de las “Administraciones Públicas” (art. 55.2).

El propio Estatuto Básico del Empleado Público contempla algunas atemperaciones y excepciones al principio del mérito, que son de aplicación también a los empleados de régimen laboral. Entre ellas destacan las alusivas previsiones específicas de idoneidad para el “personal directivo profesional” (art. 13); los “cupos” reservados a “personas con discapacidad” (art. 59); y los “planes de igualdad” previstos para facilitar o promover el empleo femenino (Disposición Adicional 7ª).

Esta última disposición impone “planes de igualdad” en las distintas “Administraciones Públicas”, a desarrollar por “convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario”. El objetivo general de los planes es respetar “la igualdad de trato y de oportunidades” de mujeres y hombres, y adoptar “medidas” frente a eventuales discriminaciones. Tal objetivo general se ha de traducir en “medidas” y “objetivos” más concretos en los respectivos planes de las distintas Administraciones.

Por cierto, entre estos objetivos concretos ya no puede figurar en buena parte de las ramas de la Administración la paridad numérica de hombres y mujeres, teniendo en cuenta que estas últimas superan netamente a los primeros en el conjunto del empleo público<sup>17</sup>.

y “laborales temporales” es en torno a 250.000; pero téngase en cuenta que en ella no se incluye, como es lógico, el personal “estatutario” de régimen especial, como el de los servicios de salud.

<sup>17</sup> De acuerdo con cifras actualizadas con motivo del día internacional de la mujer de este año (8 de marzo de 2023), y según información de agencia de noticias, el boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas precisa que de cada 100 puestos de trabajo del sector público administrativo 57 son ocupados por mujeres y 43 por hombres. La sobrerrepresentación se aprecia sobre todo en la Administración de las comunidades autónomas,

Téngase en cuenta, además, que los planes de igualdad son unilaterales, en el sentido de que se fijan exclusivamente en objetivos de fomento o promoción del empleo femenino. No cabe el fomento de la paridad del empleo de los varones en la Administración Pública. Y es lógico que así sea a la vista del concepto constitucional de discriminación y de las regulaciones legales de acción afirmativa o discriminación positiva.

Debe tenerse en cuenta también, entre las excepciones al principio del mérito, el denominado “derecho de consorte”, previsto en el artículo 44.2 Real Decreto 364/1995 (Reglamento General de ingreso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública) y en el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de este derecho, se atribuye a un empleado la facultad de ser trasladado a la misma localidad donde presta servicios su cónyuge, si existe en la misma puesto de trabajo vacante, y con independencia de una valoración relativa de mérito o capacidad. La justificación de esta excepción radica, como es obvio, en la protección de la familia (art. 39.1 CE).

#### 4. LOS CONCEPTOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ACEPCIONES Y DIMENSIONES

En los apartados anteriores de nuestro estudio ha aparecido en más de una ocasión el tema del alcance y contenido del término “mérito”, el cual, desde un punto de vista lexicológico, presenta tres caracteres que conviene destacar. Uno es que se trata de una palabra cuyo significado es de fácil apreciación intuitiva. Otro, en aparente contradicción con lo anterior, que nos encontramos ante un término de definición complicada, y que contiene además diversas acepciones.

La combinación de facilidad de comprensión y dificultad de expresión en una fórmula simple ha dado como resultado la llamativa escasez de definiciones del “mérito” que permitieran apreciar de manera inmediata cuál es su cabal sentido. Este fenómeno de escasez de fórmulas definitorias es apreciable incluso en la doctrina jurídica, sector del conocimiento donde, por razones que saltan a la vista, la labor de precisar los significados de los conceptos y de las palabras de la ley suele ser más exigente<sup>18</sup>.

Un tercer rasgo a tener en cuenta del término mérito es su carácter relacional. Lo que quiere decir que puede jugar un papel decisivo en diversos ámbitos de la vida, desde la adjudicación de un premio literario hasta la atribución de un beneficio fiscal; y desde la imposición de una sanción (el “demérito”)<sup>19</sup> hasta la asignación de una prestación social. En lo que respecta al acceso y al desempeño de servicios laborales –y, en particular, al acceso y al desempeño de puestos en la Administración Pública– el mérito que importa es

---

encargadas de la gestión de sectores como la sanidad y la educación, donde destaca especialmente la presencia de mujeres. Estas últimas están menos representadas, en cambio, en las Fuerzas Armadas (87'1%/12'9%) y en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (84'5%/15'5%). Mayor (casi matemático) equilibrio arroja el reparto por sexos en la Administración General del Estado (sin contar FF.AA. y FyCS) (51% hombres, 49% mujeres) y en las entidades locales (50'11% mujeres, 49'88% hombres).

<sup>18</sup> Un afortunado intento de precisión conceptual encontramos en R. Parada y J. Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2ª ed., Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2019, p. 128, donde el mérito se define, en el contexto del ordenamiento funcional, como la combinación de talento potencial y esfuerzo real debidamente acreditados por títulos y pruebas.

<sup>19</sup> Significativamente el art. 96.1 e) EBEP incluye dentro de las sanciones que pueden imponerse a los empleados públicos por las “faltas cometidas” el “demérito”, consistente en “la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria”.

el mérito (o demérito) profesional; y más concretamente el mérito (o demérito) relativo a la realización del trabajo de la plaza o puesto pretendido o desempeñado<sup>20</sup>.

La acepción amplia y la acepción restringida del mérito profesional suelen sobrevalorar en las obras de derecho o de sociología sobre el empleo público. La división clásica de los sistemas de acceso al mismo utiliza la acepción amplia, al distinguir entre el “sistema del mérito” (*merit system*) y el “sistema del botín” (*spoils system*). Como se sabe, el primero, en alza en tendencia a largo plazo, procura una selección basada principalmente en las aptitudes profesionales; mientras que el segundo, que ha experimentado un correlativo descenso, premia en particular a los adictos o personas “de confianza” elegidos por los líderes políticos de los sucesivos Gobiernos turnantes<sup>21</sup>.

Aun sin preocuparse especialmente de su definición, la literatura sociológica sobre el mérito suele utilizar también, implícitamente, la acepción amplia. Las dimensiones o características del mismo que tienen en cuenta los autores operan con un doble método. Por un lado, contraponen el mérito del individuo a otros criterios o factores de asignación de ventajas o recompensas, como la suerte, el dinero, o el privilegio estamental o de casta. Y por otro lado señalan como ingredientes del concepto un aspecto dinámico de acción —el trabajo, el esfuerzo, la iniciativa, la creatividad, etc.— y un aspecto estático de potencial o capital humano —la inteligencia, los conocimientos, el bagaje profesional etc.—<sup>22</sup>. En realidad, remontándonos a un texto clásico, estos diferentes elementos del mérito estaban apuntados en la reseñada distinción entre “el talento” (aspecto estático) y “la virtud” (aspecto dinámico) que figura en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Ahora bien, como hemos visto, las Constituciones y las leyes españolas sobre el acceso al empleo público no han acogido esta acepción amplia, prefiriendo tradicionalmente la acepción restringida, que menciona junto al mérito un aspecto o ingrediente de las cualidades de los candidatos que es la capacidad. La dualidad resultante de acepciones (amplia y restringida) del mérito profesional, y la distinción en la acepción restringida entre el mérito y la capacidad, pueden producir alguna confusión inicial, pero, una vez detectadas, tiene también sus ventajas.

En un cierto nivel de abstracción, la simplificación del concepto amplio tiene el valor de la sencillez, y resulta además perfectamente lícita, en cuanto que en la atribución de empleos o cargos la acepción habitual de la palabra mérito comporta la dimensión de la capacidad, sin forzamiento alguno del significado de esta última. Pero no hay inconveniente en admitir, en un plano más concreto, que la acepción estricta del término, con la consiguiente diferenciación de la capacidad profesional, ha aportado un matiz semántico interesante desde el punto de vista operativo.

Efectivamente, en la aplicación de la normativa del empleo público se ha ido decantando un significado restringido de mérito, o más bien de “méritos” en plural, que

<sup>20</sup> El art. 44 del Reglamento General de ingreso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública se encarga de resaltarlos en los siguientes términos: “solo se podrán valorar los méritos específicos adecuados a las características de cada puesto”.

<sup>21</sup> Dicho sea de paso, las tendencias señaladas a largo plazo son compatibles con una degradación del mérito apreciable en plazo corto o medio en determinadas actuales propuestas igualitaristas o populistas. Tales propuestas se manifiestan tanto en materia de educación (por ejemplo, minimización del alcance de las “notas” y los “suspensos”), como en la regulación de los ascensos en la carrera profesional (por ejemplo, disminución del rigor en los concursos selectivos a altos cargos, baremos que priman la mera permanencia en un puesto de trabajo). Estos desvíos hacia la depreciación del mérito pueden ser más o menos ocasionales o duraderos, pero, si no son corregidos, pueden ir a más y convertirse en tendencia a largo plazo.

<sup>22</sup> Cfr. M. Sandel, *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, 2020, p. 19 ss., 48 ss., 89 ss.

se refiere a circunstancias profesionales objetivables y traducibles a un baremo, como la formación, los títulos, la antigüedad o la experiencia en unos u otros puestos de trabajo. A estos “méritos” apunta, aunque a nuestro juicio con alguna imprecisión, el ya citado artículo 44 del Real Decreto 364/1995, Reglamento General de ingreso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública<sup>23</sup>.

En cambio, la capacidad profesional, sin perder su condición de ingrediente del mérito en sentido amplio, apuntaría a conocimientos, habilidades y destrezas concretas que requieren no la mera comprobación mecánica de méritos objetivos, sino una evaluación inevitablemente subjetiva por parte de un órgano *ad hoc*. Tal evaluación *ad hoc* de la capacidad profesional puede adoptar dos modalidades que interesa señalar. Una es el examen específico del candidato en un estadio previo a la relación de empleo; y otra la prueba o valoración “sobre el terreno” (*on the job, sur le tas*) en el curso de la misma.

A su vez, la evaluación sobre el terreno de la capacidad profesional para el acceso o la promoción en el empleo público puede tener lugar en dos momentos distintos de la prestación de servicios: 1) en la fase inicial (el clásico “período de prueba” regulado en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores), y 2) en un momento posterior (la “evaluación del desempeño” prevista en el artículo 20 del Estatuto Básico del Empleo Público).

Hemos de volver enseguida sobre todas estas distinciones. Pero antes es conveniente consignar una última observación sobre la capacidad profesional en el acceso al empleo público. Nos referimos a la relación que la misma mantiene con la “capacidad funcional para el desempeño de las tareas”, mencionada en el artículo 56.1 b) EBEP. Una buena pista para dar respuesta a tal cuestión es proporcionada por el contraste o consideración conjunta de los preceptos respectivos de los artículos 55 y 56 EBEP. El primero habla de la “capacidad” (profesional) como “principio rector” para decidir el acceso de un candidato al puesto de trabajo pretendido. El segundo, la capacidad física o “funcional” para la tarea, se refiere en cambio a un “requisito general” exigido al ciudadano, no en el momento de la atribución o asignación del puesto de trabajo objeto de cobertura, sino en un momento previo al procedimiento selectivo, anterior por tanto a las comprobaciones, pruebas y evaluaciones en que éste consiste. Como dice literalmente el artículo 56, la capacidad funcional es un requisito “para poder participar en los procesos selectivos”; y no, como apunta el artículo 55 respecto de la capacidad profesional, un factor o cualidad del aspirante admitido, que opera una vez iniciado dicho procedimiento de selección.

## 5. LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE RÉGIMEN LABORAL

El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE de “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos” no es un derecho-libertad o un derecho prestacional, sino un derecho potestativo. Consiste en la facultad atribuida a los ciudadanos de participar

<sup>23</sup> La imprecisión consistiría en lo siguiente. En lo que respecta a los “concursos” para la provisión de plazas vacantes en el empleo público, el precepto del art. 44 añade a los méritos objetivos “baremables” (títulos, cursos, antigüedad en el trabajo, etc.) la “valoración del trabajo desarrollado”, que ciertamente puede tener una traducción en un baremo (mediante nota o calificación de la valoración efectuada), pero que no es objetiva en el sentido de totalmente ajena a la estimación discrecional de los sujetos evaluadores. En realidad, la valoración del trabajo desarrollado tiene siempre un componente ineludible de apreciación subjetiva, que no parece compatible con la objetividad “mecánica” del mérito en la acepción restringida acogida en el mismo precepto, y que se corresponde más bien, como veremos enseguida, a la apreciación de los conocimientos y destrezas propios de la capacidad profesional.

voluntariamente en procedimientos abiertos y adecuados de comprobación y evaluación del mérito y la capacidad de los aspirantes al desempeño de un puesto de trabajo en el sector público administrativo. Este derecho potestativo de participación rige tanto para el ingreso o acceso inicial como para el acceso a plazas o puestos de trabajo de los ya ingresados por las vías de la movilidad y de la promoción interna.

La apertura de los procedimientos de selección por mérito y capacidad es compatible con la exigencia a los futuros candidatos de “requisitos generales” (“capacidad funcional”, “edad”, “titulación exigida”, conocimiento de “lenguas oficiales”, etcétera) (art. 56 EBEP). Y ha de ser garantizada, además, mediante varios principios instrumentales como la “publicidad de las convocatorias y de sus bases” y la “transparencia” de las actuaciones procedimentales [art. 55.2 a) y b) EBEP]<sup>24</sup>. A su vez, la adecuación de los procedimientos selectivos depende de distintos factores, como la “imparcialidad” de los “órganos de selección”, la racionalidad o funcionalidad de los méritos y pruebas previstos para el desempeño del puesto [art. 55.2 c), d) y e) EBEP] y la valoración equilibrada en la puntuación o baremo de los méritos aportados.

Respecto de los empleados de régimen laboral las exigencias de adecuación del procedimiento de selección pueden y deben tener en cuenta la sumisión de dichos empleados, en numerosos aspectos normativos, a la legislación de la rama social del derecho. Pero las previsiones particulares del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el acceso y la permanencia en los puestos de trabajo de régimen laboral son también numerosas. Entre ellas destacan las relativas al ingreso al servicio de la Administración (art. 61.7), a la carrera profesional y promoción del personal laboral (arts. 19 y 83), a la readmisión de los trabajadores fijos tras la declaración de despido improcedente (art. 96.2) y a ciertas medidas de “control de la temporalidad en el empleo público” (Disposición Adicional 17<sup>a</sup>). El cuadro general de los sistemas y procedimientos selectivos en el empleo público de régimen laboral es el resultado de la combinación de estas normas administrativas con las propias del ordenamiento común de las relaciones de trabajo.

En lo que concierne a los sistemas de selección para el ingreso, el EBEP indica para los empleados de régimen laboral, además de los propios de los funcionarios que son normalmente la “oposición” y el “concurso-oposición” (art. 61.6), el “concurso de valoración de méritos” (art. 61.7) Este último se considera un sistema de ingreso normal o no excepcional para la ocupación de los puestos de trabajo no funcionariales. El precepto tiene en cuenta seguramente que el ordenamiento laboral prevé para el conjunto de los trabajadores, sean del sector privado o del sector público, un instrumento específico de valoración de la aptitud, que es el período de prueba del contrato de trabajo (artículo 14 ET).

Como es sabido, el instituto del período de prueba permite, ya vigente la relación de servicios, una verificación práctica de las “habilidades y destrezas” (“conocimientos”, “capacidad analítica”, “dominio de lenguas”, “pruebas físicas”, etc.) (art. 61.2 EBEP) de los aspirantes al empleo público. Así pues, la comprobación mediante oposición o concurso-oposición de estos ingredientes de la aptitud profesional no es tan imprescindible para el ingreso de los empleados laborales como lo es para el ingreso en la función pública<sup>25</sup>.

La carencia más visible del período de prueba como instrumento selectivo es su inoperancia para establecer el orden de prelación de los candidatos en caso de

<sup>24</sup> M. Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 12<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, p. 126 ss.

<sup>25</sup> ¿Cabe aplicar el período de prueba que caracteriza a la relación de trabajo de régimen laboral a la relación de servicios de los funcionarios públicos? Una respuesta detenida a esta cuestión queda fuera de nuestro tema de estu-

conurrencia. Tal orden de prelación sólo se puede establecer, en el ingreso por concurso de los empleados de régimen laboral, por medio de la puntuación previa de los méritos acreditados. Pero es éste, en realidad, un inconveniente que tal vez pueda ser compensado con alguna ventaja de eficacia en el servicio público como la “agilidad” [...] en los procesos de selección” del personal [art. 56.2 f) EBEP]. En la ponderación o balanza de tales criterios de valoración, y en la consiguiente elección del sistema selectivo del personal laboral, habrá que tener en cuenta la naturaleza de los empleos a desempeñar y la condición temporal o más o menos permanente (nunca inamovible) de los mismos.

A diferencia del ingreso, la promoción interna del empleado público de régimen laboral se rige, exclusiva o principalmente, por las normas del Derecho del Trabajo. Así se desprende del artículo 19.2 EBEP, que parece apuntar al primer término de la alternativa: “La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos”.

La norma anterior es objeto de reiteración en el artículo 83 EBEP, si bien con un complemento sobre el derecho supletorio aplicable en defecto de norma convencional, que descartaría precisamente la aplicación exclusiva del ordenamiento laboral. Según este precepto, la provisión de puestos y movilidad del personal vinculado a la Administración por un contrato de trabajo “se realizará de acuerdo con lo que establezcan los convenios colectivos”; pero, en caso de defecto o deficiencia de la norma convencional aplicable, regirá “el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera”.

Es por esta vía de la supletoriedad por la que puede entrar en juego para el personal laboral la “evaluación del desempeño” establecida en el artículo 20 EBEP. De acuerdo con esta norma, “la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada” a dicha evaluación; precepto que tiene un evidente parecido de familia con el despido por ineptitud del ordenamiento laboral<sup>26</sup>. Por otra parte, y en lo que aquí más interesa, la influencia de la evaluación se dejará sentir, entre otros aspectos (“formación”, “retribuciones complementarias”), en la movilidad o provisión interna de los puestos de trabajo vacantes.

Una adicional previsión normativa sobre el acceso (más exactamente reingreso) del personal laboral de las Administraciones Públicas se incluye en el artículo 96.2 EBEP. Dentro del régimen de faltas y sanciones de los empleados públicos, el precepto establece el derecho a la “readmisión” del trabajador fijo “cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario”. No cabe por tanto, en el sector público administrativo, el ejercicio por parte de la

---

dio. Nos conformaremos con tres breves indicaciones: 1) la relación de los funcionarios no es en principio incompatible con el instituto del período de prueba; 2) en derecho comparado una especie de período de prueba de los funcionarios aparece en Alemania y EE.UU. (Parada- Fuentetaja, ob. cit., p. 66 ss.); y 3) el derecho español, donde el control de ingreso en la función pública es tendencialmente exhaustivo, las “pruebas” de la oposición pueden ser completadas con “pruebas psicotécnicas”, “realización de entrevistas”, “reconocimientos médicos”, “superación de cursos” y “períodos de prácticas” (art. 61.5 EBEP); estos últimos no parecen períodos de prueba propiamente dichos, en cuanto que no determinan (o en la medida en que no determinen) la permanencia de la relación de servicios.

<sup>26</sup> El mismo artículo 20 EBEP, en su apartado 5, se refiere al “cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso” como consecuencia de una negativa evaluación del desempeño, exigiendo en tal caso, en garantía del interés del trabajador afectado, la “aprobación previa” de un sistema objetivo de evaluación. No entramos aquí en lo que supone esta disposición, y en general el instituto de la “evaluación del desempeño”, en el Derecho de la Función Pública.



Administración empleadora de la opción readmisión/indemnización, que es, como se sabe, la regla general en el sector privado de las relaciones de trabajo.

Debemos referirnos finalmente a las medidas de control de la temporalidad en el empleo público de la actual Disposición Adicional 17ª EBEP. El grueso de sus previsiones se refiere a admoniciones y recomendaciones a los organismos públicos y a los funcionarios implicados. Pero hay una norma, contenida en el apartado 5 de dicha Disposición, que afecta lateralmente a nuestra materia de estudio. La siguiente: “En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir”, a la terminación de la relación contractual indebidamente prolongada, una “compensación económica” consistente en la “diferencia del máximo de veinte días de su salario fijo por año”, “con un máximo de doce mensualidades”, respecto de “la indemnización” legal que le hubiera correspondido por la finalización tempestiva de su contrato temporal.

La cuantía indemnizatoria prevista en el precepto se asimila, siguiendo una añeja línea jurisprudencial, a la del despido objetivo<sup>27</sup>. Pero lo que aquí más interesa de la disposición comentada es la exclusión en el sector público administrativo de la solución del reingreso o readmisión del empleado público temporal. Es una exclusión lógica; la readmisión no tiene mucho sentido cuando se trata de un puesto de trabajo desaparecido de la plantilla del organismo público, cuya funcionalidad o eficacia en la prestación del servicio ya se ha extinguido.

---

<sup>27</sup> Sobre el tema, A. Martín Valverde y J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 31ª edición, Tecnos, Madrid, 2022, p. 839.

## **EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO: APUNTES JURISPRUDENCIALES**

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

*Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo*

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS
3. PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
4. DESPIDO DISCIPLINARIO

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Oportunidad del Estudio

La materia a que se dedica este libro homenaje (Derechos individuales y colectivos en el empleo público) entronca a la perfección con las características profesionales del homenajeado. En ella concurren las posibilidades de examinar los antecedentes inmediatos de las instituciones (para así contextualizar y comprender el resultado presente), el significado de la regulación contenida en el EBEP (norma que sigue suscitando debates acerca del modo en que interacciona con otras muchas) y los criterios jurisprudenciales que vienen presidiendo su aplicación (especialmente relevantes cuando se trata, claro está, de interpretar prescripciones que no siempre han sido pensadas desde la perspectiva laboralista).

El Profesor Gómez Caballero, él mismo empleado público con elevado sentido de lo que eso significa, ha sido un importante gestor de problemas tanto en el ámbito de su Universidad cuanto en el conjunto de ellas, como puso de relieve durante el tiempo que gestionó importantes aspectos referidos a los estudios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo. Es empleado público ha estudiado la materia y la ha “ejercido” en diversos cargos de responsabilidad, siempre haciendo gala de conocimientos y sentido institucional. No me corresponde realizar la glosa de sus méritos, pero sí testimoniar mi alegría por haber podido concurrir a este reconocimiento coral que sus colegas de la Universidad Cordobesa han impulsado.

Por tanto, quede constancia de mi agradecimiento a quienes han promovido esta obra y han permitido que añada mi nombre a estos *Studia Amicorum*.

### 1.2. Pretensión de esta colaboración

De acuerdo con la Dirección de la obra, las páginas que siguen se centran en el aspecto disciplinario, es decir, sancionador. Amén de alguna consideración de tipo general, la exposición se nuclea alrededor de un ramillete de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo respecto de aspectos directamente relacionados con el régimen disciplinario de los empleados públicos vinculados mediante contratos de trabajo.

El Estatuto Básico del Empleado Público (aquí vale la pena recordar su denominación completa) dedica su Título VII (artículos 93 y 98) al “Régimen disciplinario”. La mayoría de las dudas suscitadas ante los Tribunales tienen que ver con el encaje de esas previsiones con la legislación laboral común o con el convenio colectivo aplicable.

En la Exposición de Motivos ya se vislumbra la aplicación de dicho régimen tanto a los funcionarios como al personal laboral, al señalar que “En cuanto al régimen disciplinario el Estatuto, de conformidad con su carácter básico se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública respecto de los empleados públicos, tipifica las infracciones muy graves y amplía el abanico de posibles sanciones. Por lo demás se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias”.

### 1.3. La relevancia del EBEP en la materia

#### *1.3.1. Enlace y distanciamiento con el régimen precedente*

Con anterioridad al EBEP, la escueta regulación de las sanciones administrativas (art. 14 RD 33/1986, de 10 de enero), así como la aplicación de unos principios y de unos procedimientos excesivamente formalistas (Título II RD 33/1986), que dificultaban el ejercicio efectivo de la potestad disciplinaria, originaron una crítica casi unánime a la regulación del régimen disciplinario del empleado público, ya que ambas circunstancias impedían el cumplimiento efectivo de su finalidad.

Buena parte de estos problemas derivaban de la aplicación mecánica en este ámbito de los principios y reglas propias del Derecho Administrativo Sancionador de carácter general, inspiradas a su vez en el Derecho Penal. La disfuncionalidad derivaba del lógico objetivo perseguido por esas reglas comunes (en esencia, la tutela y salvaguardia de fines públicos o bienes jurídicos de interés general) y su alejamiento de los criterios básicos que han de regir el régimen disciplinario en el ámbito del empleo (asegurar el buen funcionamiento interno de una organización y de los servicios que presta), predispuesto con una finalidad eminentemente afflictiva y ejemplarizante. Es esta última también la finalidad específica que habría de considerarse para el régimen disciplinario de todo empleado público, mucho más ágil y efectiva, al encontrar su fundamento más en los principios del artículo 103 de la Constitución que en los principios generales sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Esas circunstancias aconsejaron avanzar en el proceso de convergencia (lo que habitualmente se conoce como «ósmosis») entre el campo laboral y el de la función pública, interrelacionando los principios de ambos ordenamientos en lo atinente a la regulación del régimen disciplinario de los empleados públicos para ganar una mayor flexibilidad y agilidad. No obstante, ello no ha significado ni la traslación sin más del régimen laboral común al empleo público ni la inaplicación de los principios y garantías generales del régimen sancionador por cuanto debe tenerse presente que la Administración no es un empresario privado, sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con una singular sujeción a la Ley y al Derecho.

El EBEP, de conformidad con su carácter básico, ordena en su Título VII el régimen disciplinario de todos los empleados públicos, recogiendo en sus seis artículos cuestiones diversas que van desde la regulación de los principios a que debe someterse el ejercicio de la potestad pública disciplinaria hasta la delimitación y concreción de lo que hayan de ser los hechos constitutivos merecedores de ser calificados como infracciones muy graves, pasando por la ampliación del abanico de las posibles sanciones, para, por último, fijar en este ámbito el marco normativo de la institución de la prescripción y del procedimiento disciplinario. Por lo demás, acogiendo en parte la propuesta formulada por la Comisión de Expertos creada para su elaboración, remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, o la legislación laboral en torno a los trabajadores de la función pública.

### 1.3.2. *Unicidad del régimen sancionador*

El primero de los preceptos contenido en ese Título VII (art. 93 EBEP), bajo la rúbrica *responsabilidad disciplinaria*, es el encargado de delimitar el campo de aplicación del régimen disciplinario aplicable a la función pública, así como la primacía normativa en los supuestos de interrelaciones de las normas creadas por el EBEP con la legislación laboral, propias de la inclusión en aquél de los trabajadores de las empresas públicas. Vale la pena releer su apartado primero: “*Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*”.

La determinación subjetiva genérica que acoge este precepto reviste una singular importancia, por cuanto hasta entonces ésta se trataba de una materia caracterizada por una dualidad de regímenes jurídicos. Se logra así, empleando los términos utilizados por la Comisión de expertos en otros aspectos, «llevar a la letra de la Ley lo que sucede en la realidad», unificando en el texto del EBEP el régimen disciplinario de todas las personas que desempeñan empleos públicos, con independencia del vínculo jurídico que les una a la Administración. Parece ésta una medida consecuente con la filosofía que rige el EBEP, al establecer los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones en el empleo público para mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe.

### 1.3.3. *Reglas específicas: inducción y encubrimiento*

Pese a su brevedad, el Título VII parte de la idea de que era necesario fijar las normas sobre el campo de aplicación material. Por ello, en sus sucesivos apartados delimita aquellas otras actuaciones o conductas, ajenas a la producción del hecho mismo individualmente considerado, pero anejas a él, que, llevadas a cabo por los funcionarios públicos o el personal laboral, también merecen el mismo reproche sancionador. En ese terreno destaca la contemplación de las dos modalidades de conducta aludidas en la rúbrica: inducción y encubrimiento.

El artículo 93.2 EBEP viene disponiendo que los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos. Se extiende de este modo el gravamen al mero inductor del hecho, señalándose también el grado de responsabilidad: la misma que la del infractor. Se equiparán así en responsabilidad la ejecución del hecho y la inducción al mismo.

El artículo 93.3 EBEP dispone que también incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos. La norma requiere, pues, para que al empleado público se le sancione por el encubrimiento de un acto la concurrencia de dos elementos: el primero de ellos que la conducta encubierta tuviera la consideración de falta muy grave o grave, decayendo en el caso de las faltas leves; el segundo, que de esta acción encubridora se derivara un daño grave, ya para la Administración, ya para los ciudadanos. Se plantean al respecto algunas dudas interpretativas. Así, en este caso, y a diferencia de lo establecido en el apartado segundo, no se fija el grado de responsabilidad de la que serán merecedores los

meros encubridores de los actos o conductas infractoras<sup>1</sup>. También plantea problemas la delimitación de qué haya de entenderse como daño grave para la Administración o los ciudadanos, alternatividad entre colectivos que permitirá incurrir en estos supuestos a un mayor número de sujetos<sup>2</sup>.

#### 1.4. Relación entre EBEP y normas laborales comunes.

El Estatuto de los Trabajadores (ET) constituye la norma básica para la actividad desarrollada “por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección” del empleador; la norma se aplica a los empleados laborales de Administraciones y organismos públicos, aunque no a funcionarios u otro personal estatutario. El EBEP establece las bases del régimen funcional y “determina[r] las normas aplicables al personal laboral” del sector público, introduciendo un complejo juego de interacciones entre él mismo y la legislación laboral.

Para clasificar las relaciones entre bloques o cuerpos normativos se habla de complementariedad, supletoriedad (directa, inversa), suplementariedad, remisión, reenvío condicionado, incorporación tácita. No siempre hay acuerdo sobre el alcance de los conceptos, de las consecuencias (¿hasta dónde llega una concreta remisión normativa?), presupuestos (¿cuándo existe un verdadero vacío que hace entrar en juego la norma supletoria?) o significado (¿queda petrificado el contenido de la norma remitida o es prisionero de la evolución que tenga la misma?) pero sí en la riqueza de posibilidades de tal concurrencia normativa. El EBEP contiene un número muy relevante de ellas, introducidas su propia manifestación de que se aplica al personal laboral “en lo que proceda” (art. 2.1).

Respecto de varias cuestiones importantes el EBEP contempla a los trabajadores del sector público sólo para remitir la regulación a “los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivo” (en promoción profesional, art. 19), a “la legislación laboral, el convenio colectivo [...] y el contrato de trabajo” (para retribuciones, art. 27), a lo procedente “de conformidad con la legislación laboral” (para clasificación profesional, art. 77).

A veces la remisión se matiza al acompañarla de la observancia de ciertas reglas incorporadas por el propio EBEP. Así, cuando se invoca “la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”, como sucede en negociación colectiva, representación y participación (art. 32), al reafirmarse la posibilidad de negociaciones mixtas. Respecto de la “situaciones del personal laboral” se invoca el ET y los convenios colectivos, advirtiendo (innecesario, pero significativo) que éstos “podrán determinar la aplicación” del régimen funcional “en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores” (art. 92).

Difícil de catalogar es la previsión sobre jornada, permisos y vacaciones: “se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente” (art. 51); el Capítulo de referencia contiene una regulación directamente aplicable pero que

---

<sup>1</sup> Cabe pensar que será en grado menor a la correspondiente al actor, si bien nada impide que ésta llegue a su mismo nivel. En este sentido milita la expresión «igualmente» que encabeza el precepto y enlaza con el apartado anterior, conforme a cuya redacción quien actúa induciendo incurre “en la misma responsabilidad”.

<sup>2</sup> La graduación de las consecuencias de tal hecho encubridor no es tarea sencilla, por lo que quizá hubiera sido más propicio la fijación de una regla con la anterior, ya que la mera actuación encubridora del empleado público, por cuanto que lesiona bienes jurídicos de interés general, como un acto impropio de que quien ha de ser garante de fines públicos, lo que viene a constituir en sí misma una infracción de los deberes y de los principios éticos que han de guiar a todo empleado público (arts. 52, 53 y 54 EBEP), es suficiente para la imposición de la sanción.

es supletoria de lo que determine cada Administración (art. 48.1). No sólo hay que simultanear dos bloques normativos (cosa muy disfuncional) sino también precisar si las condiciones determinadas para los funcionarios por cada Administración forman parte del primero de ellos y sólo las asumidas por la Ley. Igualmente, singular parece la regla sobre provisión de puestos y movilidad de personal laboral: “de acuerdo con lo que prevean los convenios colectivos” pero “en su defecto por el sistema [...] del personal funcionario de carrera” (art. 83). Una supletoriedad inversa aparece en la importantísima materia disciplinaria que aquí nos ocupa.

### **1.5. Regulación aplicable a las faltas y sanciones en empleo público laboral.**

El art. 93 EBEP no se limita a la mera delimitación subjetiva, sino que va más allá, ya que concreta el marco normativo disciplinario aplicable a los empleados públicos, que no es otro que este Título VII EBEP y las normas que las Leyes de Función Pública dicten en su desarrollo. Son esencialmente normas de Derecho Público las que han de regir el régimen disciplinario de los trabajadores de las Administraciones Públicas, tal y como dispuso el art. 7 EBEP al señalar que éstos habrían de regirse por los preceptos de este Estatuto que así lo dispusieran.

En el tantas veces aludido juego de complejidades y mixturas creado por el EBEP entre él mismo y la legislación laboral, contrariamente a lo establecido en un buen número de preceptos, en los que únicamente se contemplaba a los trabajadores del sector público para remitir la regulación a los procedimientos previstos en el ET o en los convenios colectivos o, llegado el caso, en el contrato de trabajo (promoción profesional –art. 19–; retribuciones –art. 27–; clasificación profesional –art. 77–), a veces matizada al acompañarla de la observancia de ciertas reglas incorporadas por el propio EBEP (negociación colectiva, representación y participación –art. 32–; situaciones del personal laboral –art. 92–), o de la supletoriedad genérica de la legislación del personal funcionario de carrera (provisión de puestos y movilidad del personal laboral –art. 83–), e incluso interrelacionadas en régimen de igualdad (jornada de trabajo, permisos y vacaciones –art. 51–), en esta ocasión se establece la aplicabilidad directa e inmediata de las disposiciones del EBEP y normas de desarrollo.

Conforme al artículo 93.4 EBEP, el régimen disciplinario del personal laboral “se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral”; vaya por delante que EBEP contiene reglas muy relevantes, incluyendo la necesaria readmisión en despidos improcedentes (art. 96.2) o unos larguísimos plazos prescriptorios (art. 97).

Se regula así para el personal laboral de las Administraciones Públicas una supletoriedad inversa en la regulación del régimen disciplinario que obliga a simultanear tres bloques normativos (cosa muy disfuncional): las faltas muy graves son determinadas en el propio EBEP y en los convenios colectivos; las graves a través de la negociación colectiva en exclusiva; las leves, únicamente, en las Leyes de Función Pública (art. 95.3 y 4 EBEP), demás, si bien se piensa en el «presente Título» se dice que la regulación del régimen disciplinario para el personal laboral también vendrá de la mano de lo previsto en las Leyes de Función Pública que lo desarrollen. Un pequeño galimatías técnico que en la práctica da lugar a ciertas confusiones; no extraña que buena parte de las cuestiones que han accedido a la unificación de doctrina contemplada por el artículo 219 LRJS vaya referida a la clarificación del orden normativo predominante en cada tema.

En ese escenario sería lógico que a negociación colectiva tomara cartas en el asunto e intente poner orden, pero, recordemos, sólo puede hacerlo si respeta lo querido por el legislador, lo que acaba por cerrar el círculo y de ponernos ante la evidencia de que su margen de maniobra no es demasiado en este terreno.

## 2. PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS

### 2.1. Determinación de las normas aplicables.

#### 2.1.1. La heterogeneidad normativa

El artículo 60.2 ET dispone que *Respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.*

Sin embargo, el art. 97.1 EBEP contiene una previsión bien diversa. Conforme a ella, *las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.*

Esa disparidad explica que se haya polemizado sobre si, pese a resultar aplicable el EBEP al personal laboral afectado, cabe acudir a la “prescripción corta” del art. 60.2 E.T. lo que supone examinar la regulación específica del EBEP en materia disciplinaria para extraer la normativa aplicable al régimen de infracciones del personal laboral.

Las normas del ET parten de la fecha de conocimiento de la empresa para fijar un plazo de 60 días; si bien, dispone que en todo caso, la facultad sancionadora disciplinaria prescribe a los 6 meses desde la comisión de la falta, pero existen matizaciones para los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a propia ocultación por parte del trabajador. Este doble juego de fechas no aparece plasmado en el EBEP en que el plazo prescriptivo es único y su inicio se fija en la fecha de la comisión de la falta. No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral y no cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta.

#### 2.1.2. El difícil juego del EBEP y la legislación laboral

Tras la entrada en vigor del EBEP (Ley 7/2007) el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por lo que en él resulte, así como por la legislación laboral que sea de aplicación con arreglo a sus propias disposiciones<sup>3</sup>. Se trata, pues, de una técnica de exclusión pormenorizada, de suerte que la norma de la legislación laboral queda excluida cuando así se establezca en el propio EBEP para dar cabida a su norma específica.

---

<sup>3</sup> Conforme al art. 7º EBEP “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo disponen”.



La inclusión del personal laboral dentro del EBEP no se lleva a cabo con toda plenitud, sino que unas veces se produce una equiparación completa con los funcionarios públicos, otras se incluye al personal laboral con matices, y en otras ocasiones se le excluye expresamente con remisión al régimen laboral<sup>4</sup>.

Complicando adicionalmente el panorama, hay que dejar a salvo el papel de la negociación colectiva en las materias en las que quepa la disponibilidad<sup>5</sup>.

El EBEP comporta en el ámbito de las distintas modalidades de las relaciones de servicio a favor de las Administraciones públicas una nueva manera de configurarlas y estructurarlas, dando un primer paso hacia una regulación más uniforme de todas ellas, fijando “los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público “y regulando derechos y obligaciones comunes<sup>6</sup>.

Pero trasluce también el EBEP un cierto temor hacia la laboralización, y por eso pretende determinar “las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”, algo que no siempre logra en la aplicación práctica. Así, aparecen las examinadas remisiones a las normas sociales o convenios colectivos aplicables, las referencias globales e imprecisas o las exclusiones pormenorizadas.

### 2.1.3. Primacía del EBEP en temas sancionadores

Son dos las previsiones que el artículo 93 EBEP destina a precisar cuál sea la regulación aplicable a este colectivo. Conforme a la primera “*Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*” (Apartado 1). Conforme a la segunda “*El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral*” (Apartado 4).

Se consagra aquí de nuevo la compleja técnica que implica una cierta indefinición en el establecimiento de un orden de primacía y supletoriedad entre el propio EBEP<sup>7</sup> y la legislación laboral común.

### 2.1.4. Inaplicación de las reglas del ET sobre prescripción

Las normas del E.T. parten de la fecha de conocimiento de la empresa para fijar un plazo de 60 días; si bien, dispone que, en todo caso –esto es, aun cuando la empresa no lo conociera en su momento–, la facultad sancionadora disciplinaria prescribe a los 6 meses desde la comisión de la falta<sup>8</sup>. Este doble juego de fechas no aparece plasmado en el EBEP en que el plazo prescriptivo es único y su inicio se fija en la fecha de la comisión de la falta. Ello supone que, durante el mismo, resultará irrelevante el momento

<sup>4</sup> STS 26 noviembre 2010 (rcud. 41/2010).

<sup>5</sup> Aunque referidas a temas de permisos, en tal sentido, SSTS de 7 de diciembre -rcud. 4318/2009 y rcud. 4415/2009- y 9 de diciembre de 2010 -rcud. 4178/2009.

<sup>6</sup> Como expone la STS de 2 marzo 2016 (RJ 2016, 1128).

<sup>7</sup> En el Título VII se contempla la regulación del ejercicio de la potestad sancionadora (art. 94 EBEP), las faltas disciplinarias (art. 95 EBEP), las sanciones (art. 96 EBEP) la prescripción de las faltas y sanciones (art. 97 EBEP) y el procedimiento disciplinario y medidas provisionales (art. 98 EBEP).

<sup>8</sup> Las matizaciones introducidas por la doctrina jurisprudencial se refieren a los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a la excepcional circunstancia de la propia ocultación por parte del trabajador, en cuyo caso el plazo se iniciaría en el momento en que por fin, la empresa fuera conocedora de los hechos aunque se superen los seis meses desde su comisión.

de conocimiento por parte de la empresa, cuya facultad sancionadora se mantendrá en tanto no transcurra el plazo único en cuestión.

No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral y no cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta. El legislador opta por un sencillo esquema de fijación de un plazo y determinación del momento inicial del mismo.

A la vista de todo ello, sin que aquí proceda aplicar principio de norma mínima o más favorable, la Sala Cuata ha entendido que al personal laboral de las Administraciones Públicas le es aplicable, en materia disciplinaria, no el artículo 60.2 ET sino el plazo de prescripción de tres años previsto en el art. 97 EBEP, a contar desde la comisión de la falta sin perjuicio de que, a efectos del inicio del cómputo del referido plazo, pueda utilizarse la doctrina jurisprudencial social sobre la llamada “prescripción larga” a partir de la propia conducta de ocultación de los hechos por el trabajador<sup>9</sup>.

## **2.2. Precisión del día inicial del plazo de prescripción.**

El plazo de tres años que establece el EBEP comienza a discurrir cuando finaliza el incumplimiento continuado, si es el caso, sin que tenga relevancia para enervar el cómputo de la prescripción, la tramitación de las actuaciones seguidas a instancia del empleador ante el Tribunal de Cuentas, ni la demanda de alcance formulada ante él, ni la sentencia dictada por éste Órgano fiscalizador, por cuanto esta actuación es ajena y compatible con exigencia de la responsabilidad disciplinaria<sup>10</sup>.

## **3. PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

### **3.1. El precepto específico**

Lo que la Ley quiere es que si aparecen indicios de responsabilidad penal no se prosiga con el procedimiento disciplinario, sino que el mismo se paralice y acabe resolviéndose a partir de los “hechos declarados probados” en la jurisdicción penal. El artículo 94.3 EBEP (“*Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal*”) aparece como norma clara, precisa, contundente e imperativa.

No se trata de que la Constitución, la doctrina constitucional o el alcance de la prejudicialidad del orden social obliguen a paralizar una actuación sancionadora de tipo laboral cuando los hechos son investigados por los tribunales penales. Se trata de algo mucho más sencillo: es el legislador quien ha impuesto que así suceda en los supuestos en que estemos ante personas a las que se aplique el EBEP.

---

<sup>9</sup> SSTs de 23 mayo 2013 (rcud. 2178/2012); 2 marzo 2016 (rcud. 2501/2014); 8 marzo 2016 (rcud. 1892/2014) y 20 abril 2016 (rcud. 1882/2014).

<sup>10</sup> La actuación del Tribunal de Cuentas se limita a la exigencia de la responsabilidad civil, contable, y que tal actuación no impide el ejercicio de la potestad disciplinaria. Por tanto, como ese procedimiento de exigencia de responsabilidad civil, no impedía la simultánea reclamación de la responsabilidad disciplinaria, no puede estimarse que el mismo interrumpiera el curso de la prescripción de la falta por el transcurso de tres años desde el cese de la actuación irregular.

### 3.2. El problema suscitado

Lo que ahora procede dirimir es si el procedimiento disciplinario abierto contra un empleado público, personal laboral del Instituto Cervantes (IC), debió suspenderse al incoarse una instrucción penal por los mismos hechos contra el trabajador.

### 3.3. Criterio jurisprudencial

A la vista de ello la Sala Cuarta entiende que al personal de las entidades de derecho público le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 94.3 EBEP sobre paralización de la actuación sancionadora laboral cuando se siguen actuaciones penales por los mismos hechos<sup>11</sup>, siendo irrelevante que el proceso penal se haya iniciado antes que el expediente disciplinario<sup>12</sup>.

El art. 94.3 EBEP es aplicable en todo caso a quienes caen dentro de su ámbito aplicativo, sin que la doctrina constitucional u ordinaria exijan o permitan una solución alternativa a la exigida por su propia literalidad: el procedimiento sancionador seguido contra el trabajador debe paralizarse si se siguen actuaciones penales por los mismos hechos.

Resulta irrelevante que el proceso penal se iniciara antes del procedimiento sancionador<sup>13</sup>. La consecuencia es que la sanción impuesta desobedeciendo la prelación de las actuaciones penales es ajustada a Derecho, y tratándose concretamente de un despido, su calificación será la de improcedencia.

## 4. DESPIDO DISCIPLINARIO

### 4.1. Opción reasignada por el convenio colectivo

#### 4.1.1. Planteamiento general del tema

El art. 56.1 ET, en términos que reitera la LRJS (y antes el art. 110.1 LPL), confiere al empresario la facultad de optar entre indemnizar o readmitir al trabajador cuyo despido se declare improcedente<sup>14</sup>.

Sin embargo, algún convenio colectivo desplaza la titularidad de tal opción y la atribuye al trabajador, no sin un debate doctrinal acerca de la viabilidad de tal cambio.

---

<sup>11</sup> En tal sentido la STS 60/2018 de 25 enero (rcud. 3992/2015): “El artículo 93 EBEP, que se aplica indistintamente al personal funcionario y al laboral, establece un trámite que se ha incumplido. En consecuencia, sin que debamos adentrarnos en cuestiones relativas a la interpretación de los artículos 98.1 EBEP, 55.1 ET y 108.1 LRJS, ciñéndonos al objeto del recurso, debemos sentar como doctrina correcta la de que el artículo 93.4 EBEP es aplicable en todo caso a quienes caen dentro de su ámbito aplicativo, sin que la doctrina constitucional u ordinaria exijan o permitan una solución alternativa a la exigida por su propia literalidad: el procedimiento sancionador seguido contra el trabajador debe paralizarse si se siguen actuaciones penales por los mismos hechos”.

<sup>12</sup> STS 481/2020 de 18 junio (rcud. 1030/2018).

<sup>13</sup> STS de 18 junio 2020 (RJ 2020, 2618) en un asunto que afecta a personal laboral del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

<sup>14</sup> Conforme al precepto del ET “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Respaldao la validez de tales pactos se ha dicho que su contenido debe de aplicarse tanto por la obligatoriedad genérica de toda norma convencional cuanto porque la facultad empresarial de optar por readmisión o indemnización posee carácter de Dderecho necesario relativo, siendo transigible o renunciabile.

Lo cierto es que se ha acabado admitiendo la legalidad de la previsión y que incluso aparece en convenios colectivos de personal al servicio de Administraciones u Organismos Públicos.

#### *4.1.2. Atribución convencional de la opción al personal “fijo”*

Ahora se suscita una concreta cuestión interpretativa al hilo de convenio (para Correos y Telégrafos, para diversas Comunidades Autónomas) que reconoce la opción en favor del trabajador contratado como “fijo”; ¿se comprende en tal supuesto el caso de quien ha estado contratado sucesivamente al hilo de diversos contratos temporales y como consecuencia de las irregularidades detectadas en ellos es declarado como titular de contrato con duración indefinida?.

Para el Tribunal Supremo la condición de fijo ha de interpretarse de forma sistemática, de manera que comprenda a quienes se han incorporado al servicio de las Administraciones u Órganos Públicos a través de los caminos previstos en la Ley y Reglamentos de desarrollo (constancia del puesto en oferta pública de empleo y cobertura a través de procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad). Sin embargo, cuando lo que sucede es que a partir de un contrato temporal, y de las irregularidades sobrevenidas observadas respecto del mismo, el vínculo se ha transformado en uno de duración indefinida, el supuesto es diverso y el precepto convencional ha de entenderse inaplicable.

#### *4.1.3. Criterios jurisprudenciales*

Cuando el convenio colectivo atribuye al trabajador “fijo” la opción entre indemnización o readmisión ha de realizarse una interpretación restrictiva de esa cualidad, reservándola para quien accede a ella a través del cauce reglamentario<sup>15</sup>.

Criterio éste que viene robustecido por la orientación jurisprudencial posterior que niega en todo caso el carácter de fijos a los trabajadores contratados irregularmente como temporales por las Administraciones Públicas, aceptando que su relación laboral puede ser calificada de indefinida pero nunca como fija, cesando en la misma cuando el puesto sea cubierto con arreglo a los trámites legales. Con fundamento en la provisionalidad de estas contrataciones se justifica por la Sala la inaplicación de normas e institutos que protegen la estabilidad y continuidad en el empleo, que sólo tienen razón de ser para aquellos contratos y relaciones laborales con vocación de permanencia<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SSTS 12 julio 1994 (rcud. 121/1994); 24 noviembre 1995 (rcud. 568/1995); 30 septiembre 1996 (rcud. 83/1996); 20 marzo 1997 (rcud. 3305/1996); 11 mayo 1999 (RJ 1999, rec. 2279/1998).

El Auto 16 junio 1998 (RJ 1998, rec. 2860/1997) considera falta de contenido casacional el recurso que ignora tal doctrina.

<sup>16</sup> Es decir, debe tenerse en cuenta además que la contratación «como fijo» en las Administraciones públicas es aquella en la que se cumplen los requisitos establecidos en la Ley de la Función Pública, y concordantes: constancia del puesto en oferta pública de empleo, y cobertura del mismo en procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad respecto a los posibles candidatos a su ocupación.

Esa misma doctrina se mantiene incluso respecto de la entidad (Correos Y Telégrafos) que altera su naturaleza jurídica y se transforma en sociedad mercantil<sup>17</sup>. Al establecer una importante mejora en favor de los trabajadores, superando los derechos reconocidos en el artículo 56 ET, dejaron sentado que esa medida fuera aplicable únicamente a los contratados como fijos y, por ello, pertenecientes a la plantilla de personal fijo o titulares de los puestos de trabajo relacionados en el catálogo de puestos de trabajo regulado en el artículo 9 y siguientes del convenio colectivo.

## 4.2. Despido de representante de los trabajadores

La restrictiva interpretación de la condición de fijeza cuando el convenio colectivo concede a quienes la poseen la facultad de optar en caso de despido improcedente solo opera cuando el convenio colectivo constituye su origen. Pero si la Ley atribuye esa misma facultad a quienes poseen la condición de representantes del personal, sin aludir a la fijeza, sería equivocado trasladar una interpretación respecto de exigencia ausente en ella.

Si el trabajador despedido es un representante legal o sindical de los trabajadores, la elección entre ser readmitido o indemnizado le corresponde a él en todo caso, cualquiera que haya sido el detonante de su acceso al estatuto de fijeza en la Administración Pública, pues, al margen de lo que pueda haber dispuesto el convenio colectivo atribuyendo el derecho de opción en caso de despido improcedente sólo a los trabajadores fijos, actúa directamente la garantía legal establecida en favor de los representantes legales de los trabajadores en los arts. 56 ET y 110 LPL (actual LRJS), garantía que resulta aplicable por extensión a los delegados sindicales (art. 10.3.3 LOLS).

En suma, cuando el despedido es un representante de los trabajadores, la opción entre readmisión o indemnización le corresponde a él en todo caso<sup>18</sup>.

## 4.3. Readmisión a tenor del EBEP

### 4.3.1. Problema suscitado

El artículo 96.2 del EBEP dispone que “*Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”.

Una vez vigente ese precepto se ha debatido acerca de su alcance; algunas sentencias entendieron que la Administración conserva el derecho de opción entre readmisión e indemnización, mientras que para otras se ha perdido esa facultad. La existencia de normas específicas en la legislación laboral sustantiva y en la procesal sobre ejecución de sentencias se encuentra en la base de tales dudas.

### 4.3.2. Presupuestos para la aplicación de la readmisión forzosa

La interpretación del expuesto apartado del artículo 96 permite concluir que para que sea aplicable es necesario que concurren los siguientes presupuestos:

---

<sup>17</sup> SSTS 15 junio 2004 (rcud. 5113/2003) y 12 mayo 2005 (rcud. 1072/2004), entre otras.

<sup>18</sup> STS 14 octubre 1997 (RJ 1997, rec. 1411/96)(Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

- a) Que se trate de personal laboral fijo. El artículo 8 del EBEP establece la clasificación de los empleados públicos, señalando en el apartado c): “Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”<sup>19</sup>.
- b) Que el despido sea declarado improcedente<sup>20</sup>.
- c) Que se haya acordado el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave<sup>21</sup>.

#### 4.3.3. Criterio jurisprudencial

Este relevante debate ha sido zanjado por la jurisprudencia unificada afirmando que si concurren los tres presupuestos reseñados, la readmisión forzosa ha de prevalecer<sup>22</sup>.

### 4.4. La primacía del convenio colectivo

#### 4.4.1. Permitiendo desplazar la obligación legal de readmitir

De manera paralela al criterio interpretativo sobre el alcance del EBEP, sin embargo, se da prevalencia al convenio colectivo en que se disponga que la opción corresponde a la persona despedida, quedando en sus manos la decisión de si debe procederse a la readmisión o al abono de la indemnización<sup>23</sup>.

El precepto legal que otorga al trabajador unas garantías superiores a las que concede la Ley está concebido en términos cuyo sentido es claro. Se enumeran tres categorías de trabajadores que abarcan la totalidad de los que presten servicios al Ayuntamiento con contrato laboral, ya sean indefinidos (así declarado), fijos o fijos discontinuos<sup>24</sup>.

#### 4.4.2. Extendiendo la garantía a los supuestos de terminación de contratos temporales fraudulentos

Esa misma jurisprudencia que hemos expuesto en el apartado anterior entiende que la garantía convencional, por así derivarse del texto pactado, no se proyecta solo sobre

<sup>19</sup> Por su parte el artículo 11 señala que “Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

<sup>20</sup> El artículo 96.1 EBEP enumera las sanciones que cabe imponer por razón de las faltas cometidas y en su apartado b) alude “Despido disciplinario del personal laboral, que solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las desempeñadas”.

<sup>21</sup> El artículo 98 del EBEP regula el procedimiento disciplinario, disponiendo en el apartado 1 que “No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido”. Por su parte el apartado 2 dispone que “El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos”.

<sup>22</sup> STS 4 noviembre 2010 (rcud. 88/2010).

<sup>23</sup> La STS 2 febrero 2009 (rcud. 78/2008) así lo establece respecto de convenio colectivo conforme al cual “Se establece que un trabajador/a con la condición de contrato indefinido, fijo laboral o fijo discontinuo, podrá ser despedido en virtud de la incoación de expediente disciplinario y aun cuando el Juzgado de lo Social estime que el citado despido es improcedente o nulo, es el trabajador quien opta por la readmisión o por la indemnización”.

<sup>24</sup> El TS expone que no existe razón para limitar el ámbito subjetivo de aplicación del precepto a quienes hubieron sido declarados en situación de indefinido antes de la calificación del despido, motivada por la irregularidad contractual.

los casos de despido disciplinario sino que aprovecha también a cualquier extinción imputable al empleador y que merezca esa calificación, por haberse reconocido a esa modalidad de terminación contractual<sup>25</sup>.

Así se acuerda cuando no cabe duda que la referencia que se hace en el Convenio colectivo aplicable al derecho de opción del trabajador no se liga a la exigencia del expediente disciplinario para despedir en tales supuestos, puesto que se reconoce el derecho “en cualquier supuesto de despido nulo o improcedente”<sup>26</sup>.

#### *4.4.3. Extendiendo la garantía a todo el personal laboral.*

Cuando un convenio colectivo contiene redacción clara e incondicionada (“El Excmo. Ayuntamiento se compromete a readmitir con todos sus derechos a los trabajadores sobre los que recaigan sentencias de despido improcedente, salvo cuando el trabajador opte por la indemnización...”) la Sala Cuarta no tiene dudas de que cualquier persona con contrato laboral (temporal incluso) está cubierto por la garantía pues 1º) El precepto se refiere “a los trabajadores”, sin distinción alguna en cuanto al tipo de contrato (fijo, indefinido o temporal). 2º) Tampoco establece el precepto diferencia alguna en cuanto a la causa del despido, ya sea disciplinaria, por finalización de contrato o cualesquiera otra. 3º) El precepto controvertido se enmarca en un Capítulo VI del Convenio denominado “Asuntos Sociales” y bajo el epígrafe de “Garantías”. 4º) El único requisito exigible para que la opción corresponda al trabajador es el de que haya recaído sentencia de despido improcedente<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> STS 16 diciembre 2009 (rcud. 1691/2009), sobre terminación de contrato de trabajo temporal, pero cuyo objeto consiste en realización de tareas permanentes, siendo realizadas por otras personas tras el cese de la reclamante.

<sup>26</sup> STS 18 septiembre 2009 (rcud. 4001/2008).

<sup>27</sup> En este sentido STS 25 noviembre 2013 (rcud. 3292/2012).

## **LOS CONDICIONANTES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO**

*“Las especialidades de la relación laboral de empleo público se justifican por la necesidad de observar los principios de orden constitucional de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, para que éstas puedan cumplir satisfactoriamente con el interés general”*

PEDRO GÓMEZ CABALLERO\*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

### SUMARIO:

1. DEL RÉGIMEN COMÚN A LA ESPECIALIDAD
2. EL CONDICIONANTE PRESUPUESTARIO
3. EL IMPERATIVO DE LA ACTUACIÓN REGLADA
4. EL MANDATO DE IGUALDAD DE TRATO
5. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO CONFORME A CRITERIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD
6. ESPECIALIDAD EN MATERIA DE ESTRUCTURA NEGOCIAL
7. PROCEDIMIENTO NEGOCIAL Y CONTROL ADMINISTRATIVO DE LEGALIDAD
8. LA INAPLICACIÓN UNILATERAL DE LO PACTADO

\*Las fuentes de regulación de las relaciones laborales del personal al servicio de las administraciones públicas, Relaciones Laborales 2008 (II), pg. 610.



## 1. DEL RÉGIMEN COMÚN A LA ESPECIALIDAD

La legislación laboral, tanto en sus aspectos individuales como colectivos, se presenta inicialmente como aplicable de manera indiferenciada a cualquier tipo de empleador, sin establecer ninguna separación regulativa en función de que se trate de un empleador privado o de un empleador público (art. 1.2 ET). Más allá de que se establece un régimen claramente aparte de aquellos empleados públicos que tienen la condición de funcionarios públicos o de personal estatutario, la normativa común no establece trato especial cuando admite la posibilidad de quienes, bajo la denominación de personal laboral al servicio de la Administración Pública, se sometan a la legislación laboral. Aunque contemple para los mismos una aplicación parcial del Estatuto Básico del Empleado Público, el punto de partida es la aplicación de la legislación laboral sin exclusión formal alguna: “el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan” (art. 7). Por lo que afecta el concreto al Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que para algunas concretas materias se contemplan algunas especialidades para aspectos muy concretos, el Estatuto de los Trabajadores siempre ha descartado calificar la situación de estos empleados públicos con contrato de trabajo como relación laboral de carácter especial, a pesar de las múltiples propuestas que se han producido al respecto. Por lo que se refiere, en particular, a la negociación colectiva, materia en la que nos vamos a centrar en este estudio, no se produce ninguna referencia específica respecto de la negociación colectiva de estos empleados públicos, lo que lleva a presumir que el título III del Estatuto de los Trabajadores, cuando establece el marco normativo de la negociación colectiva, presume una plena equiparación de la negociación colectiva en el sector privado y en el sector público.

A pesar de todo lo anterior, apenas que nos adentramos en el conocimiento práctico de la negociación colectiva en este ámbito y apenas pongamos en conexión este resultado con el impacto que tiene la intervención de la Administración Pública como empleadora advertimos que el cúmulo de especialidades es enorme. Los condicionantes a los que se somete a la Administración en su actuación son muy notables, por mucho que se pretenda que se puede someter en su actuación a normas de derecho privado, como lo es la legislación laboral a la que se somete este personal laboral. A tal efecto, debe destacarse que, cuando menos por lo que se refiere a la negociación colectiva, tales especialidades en las más de las ocasiones, no derivan de una determinada opción de política legislativa, que, como tal, podría alterarse en el futuro, sino que es el resultado del diseño general de los principios a los que se somete la intervención del poder público en los modelos de la Europa continental, entre ellos, en el modelo español y, por ende, no susceptible de alteración por mera vía de modificación de la legalidad ordinaria. En gran medida las especialidades que vamos a analizar a continuación derivan del texto constitucional, no por mención en el mismo a especialidades de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sino a resultas del diseño que se contempla en el modo de actuación del poder público. Incluso, más allá de reglas precisas del propio texto constitucional que obligan a este tratamiento diferenciado, ello también es resultado del contraste de intereses presente en el desarrollo de esta negociación colectiva. En efecto, sin poder entrar en mayores detalles, mientras que la lógica básica del desarrollo de la negociación colectiva en el sector privado es la del contraste de intereses privados entre los representantes de los trabajadores y empresarios, en el desarrollo de esta negociación colectiva en el sector público (sin abandonarse la lógica del conflicto de intereses entre trabajadores y empleadores) emerge correlativamente la presencia de tutela

adicional de interés público como garante del interés general de la comunidad. Y estos intereses generales de la comunidad, a ponderar también en el diseño de la negociación colectiva en el sector público, son una realidad a diferenciar de los intereses propios de la Administración Pública como cualquier otro empleador.

Una última consideración metodológica de obligada toma en consideración, todo este tipo de condicionantes a la negociación colectiva en este ámbito son referibles con carácter general no sólo a la Administración Pública en el sentido estricto del término, sino que impactan por igual sobre el conjunto de lo que se conoce como el sector público, por tanto, a cuantas empresas públicas y entidades públicas se sometan a las reglas constitucionales que vamos a mencionar y, en general, a la garantía del interés general de la comunidad. Ciertamente el legislador ordinario tenderá a establecer un régimen jurídico que permite una aplicación más extensa del Derecho Privado a las empresas y entidades públicas, pero ello tiene sus límites, por cuanto que las especialidades derivadas de los principios constitucionales permanecen a todos los efectos y constituyen elemento condicionante en igual medida de la negociación colectiva para el conjunto del sector público.

A partir de aquí, lo que procede es concretar, dentro del régimen concreto de la negociación colectiva en el sector público, las consideraciones generales precedentes derivadas de los condicionantes constitucionales y toma en consideración del interés general de la comunidad.

## **2. EL CONDICIONANTE PRESUPUESTARIO**

La materia que suele resultar central, incluso es el origen mismo en términos históricos de la negociación colectiva, es precisamente la regulación de la retribución del trabajador y, más ampliamente, del conjunto de derechos económicos del trabajador; visto desde la perspectiva opuesta, la determinación de las obligaciones económicas del empleador y, por ende, de los costes laborales. De ahí que resulta difícil la identificación de un proceso negocial como tal sin abordar los aspectos económicos y, en particular, los salariales. De ahí que la práctica totalidad de los convenios colectivos del sector público contengan una completa regulación del régimen retributivo y, en general, de todos los aspectos de relevancia económica.

No obstante, es aquí donde surge la primera de las limitaciones comparativa para estos convenios. La clave a estos efectos se encuentra en la previsión constitucional de que han de ser los Presupuestos Generales del Estado quienes deben incluir “la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal” (art. 134.2 CE). Como es obvio, los gastos de personal constituyen uno de los necesariamente incluidos dentro de la previsión a contener en los Presupuestos Generales que, en la medida en que se deben aprobar por medio de Ley en todo caso, comporta su aprobación por el Parlamento, sin posible sustitución del mismo por parte del Gobierno. Más aún, a pesar de que se trata de una regla que en el texto constitucional va referida exclusivamente al gasto del sector público estatal, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año contempla el límite de incremento de gastos de personal para el conjunto del sector público, incluyendo, por tanto, también a las Administraciones autonómicas y locales. Prueba de ello es que la legislación aplicable al personal laboral de todas las Administraciones Públicas y, en general, de todo el sector público, establece que “no podrán acordarse incrementos

retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal<sup>1</sup>. Complementariamente a ello, se aprueban reglas idénticas por parte de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, quienes aprueban el gasto de todo el sector público autonómico, del mismo modo que son los Plenos de los Ayuntamientos y de las Diputaciones Provinciales los que aprueban el gasto de las entidades locales. Como bien es sabido, el procedimiento que se utiliza a estos efectos es el de fijar de manera precisa el porcentaje máximo de incremento del gasto del personal laboral en los sucesivos presupuestos generales y, con ello, el establecimiento de un tope de incremento, que, al final, en la práctica, se convierte en el incremento pactado en los convenios colectivos<sup>2</sup>. Fórmula, por lo demás, plenamente aceptada desde la perspectiva constitucional por parte de nuestro Tribunal Constitucional<sup>3</sup>. En estos términos, se construye el concepto de “masa salarial”, de lo que deriva que los convenios del sector público en la práctica no pueden negociar la cuantía retributiva y de costes de personal, pudiendo tan sólo negociar su distribución entre los diversos grupos de empleados públicos siempre y cuando en términos globales no se supere la masa salarial previamente calculada<sup>4</sup>.

A estos efectos debe tenerse presente que los condicionantes presupuestarios no alcanzan exclusivamente al régimen retributivo, sino a cuantos aspectos tengan repercusión directa o indirecta sobre los gastos de personal. Esta comprensión general del control del gasto público atribuida al Parlamento presenta una vis expansiva enorme, desde el instante en el que no se trata tan sólo de los aspectos que, de manera directa, afectan al gasto, sino que, de manera amplia, cualquier regulación de condiciones de trabajo acaba incidiendo en su aplicación sobre el gasto público. Incluso, en muchas ocasiones, las normas presupuestarias establecen una conexión entre retribución y jornada de trabajo, de modo que se entiende que una reducción de los tiempos de trabajo puede provocar un incremento del salario hora, que sólo sería admisible en aquellos casos en los que ese incremento no supere los límites de gasto público autorizados por el propio Parlamento. En estos términos, el resultado final es que la fijación de la jornada anual o semanal en el conjunto del sector público queda remitida a su fijación general y, en todo caso, externa al propio convenio colectivo. A la negociación colectiva en el sector público, una vez más, lo que se le permitiría sería actuar sobre la distribución del tiempo de trabajo, pero no sobre la cuantía del mismo.

---

<sup>1</sup> Arts. 21 y 27 Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>2</sup> Por todas, Ley 31/2022, de 23 de diciembre, BOE 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, arts. 19 y 24; Ley 1/2022, de 27 de diciembre, BOE 20 de enero de 2023, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2023, art. 24); art. 103 bis Ley 7/1985, de 2 de abril, BOE 3 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

<sup>3</sup> “No resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos, como los que impone el apartado 3 del impugnado artículo 2º de la Ley 44/1983, respecto de la masa salarial global para el personal laboral al servicio de las Administraciones y Organismos públicos, lo que, por otra parte, no vacía, aunque condicione la autonomía de gasto de las Comunidades” (STC 63/1996, de 21 de mayo, BOE 17 de junio; STC 96/1990, de 24 de mayo, BOE 20 de junio).

<sup>4</sup> Por todas, SSTS 30 de marzo de 2017, rec. 16/2016, ECLI:ES:TS:2017:1557; 10 de noviembre de 2020, rec. 49/2019, ECLI:ES:TS:2020:3924.

### 3. EL IMPERATIVO DE LA ACTUACIÓN REGLADA

Elemento clave de diferenciación entre la actuación de los poderes privados y los públicos se encuentra en que mientras que los primeros se someten a la autonomía de la voluntad que les permite hacer todo aquello que no sea contrario a la ley, los segundos sólo pueden actuar conforme a lo que le permite la ley. En definitiva, la actuación del poder público se encuentra reglada a todos los efectos, mientras que el poder privado se desenvuelve dentro del ámbito de la discrecionalidad. Dicho de otro modo, el poder privado puede hacer todo aquello que considere a favor de sus intereses, siempre que no esté legalmente prohibido, en tanto que el poder público sólo puede hacer aquello que le está legalmente permitido. Como indica el texto constitucional, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa...con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Ello tiene igualmente consecuencias tanto de diseño general como de concreción en el detalle en lo que supone nuevos condicionantes de la negociación colectiva, o bien reforzamiento de los ya analizados. Ante todo, en esta negociación colectiva se tiene que someter a las modalidades de negociación tipificadas legalmente, sin que le sea posible a la Administración acudir a modalidades atípicas no reguladas legalmente aunque no se encuentren prohibidas por la legislación privada. En concreto, nos referimos a la contratación colectiva extraestatutaria, que es un ejemplo emblemático de contratación atípica, no prevista como tal por la normativa laboral pero no prohibida por el Código Civil. Por tanto, al no encontrarse prohibida resulta plenamente lícita en el ámbito del sector privado, pero, al estar reglado sólo el convenio colectivo estatutario, éste es el único que puede celebrarse en el ámbito del sector público. A ello abundará el sometimiento al principio de igualdad de trato que analizaremos a continuación.

Al mismo tiempo, se observa una regulación más estricta por lo que afecta a las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio del sector público, que se establece en términos imperativos tales que no permite el juego de la complementariedad o de subsidiariedad, que tanto espacio de actuación proporciona a la negociación colectiva en el sector privado. A mayor abundamiento, en algunos casos, esa regulación tiene un contenido más preciso y detallado, en términos tales que permite poco espacio de actuación por la vía de la complementariedad, que igualmente en el sector privado permite un intenso espacio de intervención a la negociación colectiva.

Como ejemplo emblemático de ello, baste con tomar como referencia la regulación de la jornada de trabajo en el empleo público, donde se aprecia una notable disparidad en la fijación de la cuantía del tiempo de trabajo entre la regulación contemplada en el Estatuto de los Trabajadores, que, en la práctica, se convierte de exclusiva aplicación al sector privado, frente a la regulación especial para el conjunto del empleo público, aplicable para el personal laboral del sector público. Disparidad en cuanto a la relación que se establece respecto a la negociación colectiva en la cuantía legalmente así fijada de la jornada de trabajo. En efecto, mientras que la fórmula del Estatuto de los Trabajadores se contempla como un típico máximo de derecho necesario, que permitiría, en todo caso, en un típico juego de la complementariedad, la rebaja de la cuantía de la jornada de trabajo anual por parte de la negociación colectiva, en el diseño de la normativa destinada al conjunto del empleo público se contempla como una cifra uniforme y, por tanto, que no puede ser alterada ni en más ni en menos por parte de la negociación colectiva. En efecto, la redacción del Estatuto de los Trabajadores es la de partir de la fijación de la jornada a través de los convenios colectivos: “la jornada máxima será la pactada en los convenios

colectivos” (art. 34.1 ET). Frente a ello, la norma presupuestaria no sólo prevé una cifra exacta de jornada de 37,5 semanales en promedio anual, sino que, de manera expresa, indica que “quedan sin efecto las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes o que puedan suscribirse que contravengan lo previsto en esta disposición”<sup>5</sup>. Expresamente se declara que esta disposición tiene el carácter de básico y se dicta, entre otros títulos competenciales, sobre la base del art. 149.1.7 CE, es decir, con base en la competencia exclusiva del Estado en materia laboral, aparte de ser un precepto de vigencia indefinida, aunque se recoja en una Ley anual de presupuestos.

#### 4. EL MANDATO DE IGUALDAD DE TRATO

A pesar de las reiteradas confusiones en las que se incurre en muchas ocasiones, los poderes privados sólo se encuentran vinculados por la prohibición de discriminación, en tanto que los poderes públicos se someten a límites mucho más estrictos en cuanto que, adicionalmente, están obligados a actuar respetando el mandato de igual de trato. Discriminación e igualdad de trato no son las dos caras de la misma moneda: La discriminación se desenvuelve en el terreno de la prohibición de conductas perjudiciales para los trabajadores tradicionalmente marginados y en situación de especial vulnerabilidad en el empleo y en las condiciones de trabajo; es decir, la prohibición de discriminación va dirigida a proteger con mayor intensidad a los grupos socialmente identificados como especialmente victimizados, por las circunstancias personales y sociales jurídicamente identificadas (género, discapacidad, etnia, orientación social, ideología, etc.). Frente a ello, la igualdad de trato impide el establecimiento de diferencias entre cualesquiera otros sujetos, aunque no presenten esos elementos de estigma negativo identificados por la norma; por contraste, la igualdad de trato es un mandato genérico de tratamiento igualitario de cualquier sujeto salvo que concurren razones objetivas y proporcionadas que justifiquen la diferencia.

Pues bien, ello deriva en que la negociación colectiva en el sector privado sólo presente como límite la imposibilidad de incurrir en tratamientos discriminatorios, mientras que la negociación colectiva en el sector público exige un tratamiento igualitario del conjunto de los empleados públicos, salvo las excepciones ya referidas. La confusión deriva también del hecho de que en algunas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, sobre la base de un presunto carácter cuasi-público de nuestra negociación colectiva, a resultas de la eficacia ‘erga omnes’ de los convenios colectivos, ha defendido que aquélla, en su conjunto (también para la del sector privado), también se encuentra sometida al principio de igualdad de trato, aunque también precisando que, para el caso concreto de los convenios colectivos del sector privado, se encuentra sometido a importantes matizaciones<sup>6</sup>. Sin embargo, al propio tiempo, se detectan otros pronunciamientos del mismo Tribunal que aceptan cláusulas con diferencias de trato notables. A nuestro juicio, aparte de ser discutible ese carácter semi-público, resulta más fundado el segundo de los criterios, pudiendo apreciarse que cuando se defiende lo primero, en la práctica, lo que se analizan son posibles tratamientos discriminatorios en el sentido estricto del término.

---

<sup>5</sup> Apartado 1 y 4 de la disp. adic. 144ª Ley 6/2018, de 3 de julio, BOE 4 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

<sup>6</sup> SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 36/2011, de 28 de marzo; 112/2017, de 16 de octubre.

Por ello, reafirmamos que, en realidad, la única que se encuentra sometida al principio de igualdad de trato es la negociación colectiva del sector público.

Esto redundaría en la imposibilidad de que sea posible la celebración de convenios colectivos extraestatutarios en el ámbito de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, dado que su eficacia subjetiva limitada provoca una diferencia de tratamiento injustificado entre los que se encuentran dentro y fuera del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo.

Es más, ello afecta de manera general a los contenidos de los convenios colectivos, que tienen una mayor rigidez en la medida en que tienen que quedar plenamente justificadas las diferencias de condiciones de trabajo que se puedan establecer a través de los mismos.

Al mismo tiempo, se presentan ciertos aspectos relacionados con la condición de empleados públicos que asume el personal laboral al servicio del sector público, que repele al principio de igualdad de trato que puedan ser regulados de manera diferenciada respecto de quienes igualmente siendo empleados públicos tienen la condición de funcionarios públicos. Ello deriva en un resultado de importante convergencia de condiciones de trabajo entre funcionarios públicos y personal laboral del sector público, que acentúa el carácter reglado de la actuación del poder público antes referido. Esa convergencia de estándares laborales entre funcionarios y personal laboral desemboca en una regulación de condiciones de trabajo más intensa por parte de la normativa estatal y, por ende, reduciendo el espacio de actuación posible de la negociación colectiva en el sector público. Baste con mencionar toda la regulación relativa al establecimiento de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Finalmente, aunque pueda ser un elemento que puede jugar a la inversa de los precedentes, la igualdad de trato que debe respetar el empleador público limita al extremo, colocándolo en un lugar cuasi marginal, el espacio de la individualización de las relaciones laborales. Pocos aspectos de las condiciones de trabajo en el ámbito de lo público pueden ser objeto de pacto individual: mientras que en el sector privado es lícito pactar en el ámbito individual todo aquello que mejore las condiciones de trabajo establecidas tanto por ley como por convenio colectivo, en el sector público la premisa de partida será que todo aquello que pretenda alterar las condiciones de trabajo establecidas sea por ley o sea por convenio colectivo se ha de considerar como contrario a la obligación de igualdad de trato a la que se somete el empleador público.

## **5. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO CONFORME A CRITERIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD**

Todo lo anterior, por tanto derivado del juego conjunto del carácter reglado y del sometimiento al principio de igualdad de trato, desemboca con especial relevancia en el régimen de acceso al empleo público. El mandato constitucional es muy estricto en el sentido de que el acceso al empleo público debe efectuarse “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad” (art. 103.3 CE), conforme a los correspondientes procedimientos reglados de convocatoria pública sometida igualmente a un régimen de concurrencia igualitaria (art. 23.2 CE). No merece la pena detenernos en justificar lo que hoy en día es de pacífica y unánime aceptación: de un lado, que esta regla formulada expresamente respecto de los funcionarios públicos, es exigible al conjunto del empleo público y, por ello, por igual al personal laboral; de otro lado, que estos requerimientos no afectan

exclusivamente al momento puntual, por importante que sea del acceso al empleo público, sino que condicionan todas las decisiones de desarrollo de la relación laboral en el empleo público, es decir también a todo el conjunto de medidas de cambio de condiciones de trabajo derivadas de movilidad interna, de promoción profesional, incluido el momento final de extinción de la relación contractual. La única discusión a estos efectos es si esta exigencia se extiende también al sector público. Nuestro Tribunal Supremo viene entendiendo que dicha exigencia se extiende al sector público administrativo, pero no al sector público empresarial, interpretando que las sociedades mercantiles estatales no están sometidas a estas exigencias constitucionales de contratación conforme a los criterios mencionados de mérito, capacidad, igualdad y publicidad<sup>7</sup>. No podemos entrar a fondo en esta diferenciación, pero baste con indicar que a nuestro juicio resulta bastante discutible exigirlos a unos y no a los otros; existiendo identidad de fundamento, las razones de su exigencia son comunes a todos los supuestos y, por ello, a nuestro personal juicio deben extenderse a todo el sector público.

Sobre todo, lo que interesa destacar en este momento es que todo el régimen que se pueda regular a través de la negociación colectiva de todos estos aspectos se encuentra sometido a los precedentes parámetros objetivos de mérito, capacidad, igualdad y publicidad. Indiscutiblemente todo ello limita notablemente, cuando no elimina, los márgenes de discrecionalidad en la actuación del empleador público, pero también, por efecto derivado, condiciona en igual medida los contenidos posibles de los convenios colectivos del sector público en materias importantes. Y lo condiciona tanto de manera directa (régimen jurídico de las correspondientes instituciones) como de forma indirecta (imposibilidad de establecer tratos de favor para los empleados públicos incluidos dentro del ámbito de aplicación del correspondiente convenio respecto del resto de los empleados públicos con identidad de méritos y capacidad).

## **6. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE ESTRUCTURA NEGOCIAL**

En materia de estructura de la negociación colectiva siempre conviene comenzar por recordar que la regla de partida es la relativa a la libertad de las partes de establecimiento del mapa de negociación colectiva que estimen conveniente: “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET), incluso complementado por una remisión general a los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos para que puedan establecer la estructura de la negociación colectiva que estimen por conveniente, incluida las reglas oportunas de resolución de las posibles situaciones de concurrencia entre convenios colectivos (art. 83.2 ET). Tampoco en esta materia se establecen reglas especiales respecto de los convenios colectivos del sector público.

Sin embargo, la realidad práctica es que nuestra estructura de la negociación colectiva se ha establecido esencialmente sobre la base de territorios plenamente diferenciados, a partir de la negociación colectiva de convenios colectivos específicos separados para el sector público, sin interferencias entre lo uno y lo otro. Más aún, en los últimos tiempos se ha reforzado el llamado principio de correspondencia entre la legitimación negocial y el ámbito de aplicación del convenio colectivo, que presenta especial trascendencia para la materia que estamos analizando en estos momentos. El principio de correspondencia supone en positivo que los integrantes de la comisión negociadora a la hora de decidir libremente el ámbito de aplicación del convenio correspondiente se encuentran limitados

<sup>7</sup> STS 18 de junio de 2020, rec. 1911/2018, ECLI:ES:TS:2020:2129.

por la representatividad que ostentan, de modo que sólo pueden incluir dentro del ámbito funcional, territorial y personal de aplicación a aquellos sujetos (empresa y trabajadores) a los que representan. En sentido contrario, no pueden incluir en su ámbito de aplicación a sujetos a los que no representan. Ello, en términos concretos, ha conducido a la jurisprudencia a establecer el criterio de que los convenios colectivos pactados por las organizaciones empresariales lo son exclusivamente para el sector privado, de modo que no se puede incluir en su ámbito de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas, por cuanto que ello va contra el principio de correspondencia, ya que tales organizaciones empresariales carecen de la capacidad de representar a la Administración Pública<sup>8</sup>.

El precedente criterio puede provocar en el inmediato futuro una bolsa importante de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas sin cobertura negocial. Ello puede presentarse de especial preocupación en relación con el personal de entidades locales de pequeñas dimensiones, sin entidad suficiente para negociar convenios colectivos propios y que tradicionalmente se han regido por los correspondientes convenios del sector privado. Ello debería llevar a un debate en torno a la posibilidad de establecer alguna respuesta que evite tales vacíos de cobertura, por ejemplo, a través de la atribución de expresa legitimación negocial para estas entidades locales por parte de las Federaciones de municipios y provincias.

No puede desconocerse que hasta el momento presente esta jurisprudencia se ha aplicado exclusivamente en relación con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, dado que éstas últimas no pueden asociarse a una asociación empresarial. Esta imposibilidad asociativa en estos momentos no está contemplada formalmente para las empresas públicas, por lo que no cabría efectuar una extensión del precedente criterio a todo el conjunto del sector público. En todo caso, más allá de la inexistencia de esta prohibición, lo cierto es que de manera generalizada, en la práctica, las empresas públicas no se encuentran afiliadas a las asociaciones empresariales y, desde luego, en la medida en que los estatutos de estas últimas contemplen que su ámbito de actuación lo es en exclusiva en relación con el sector privado, los convenios que firmen no podrán tampoco afectar a las entidades públicas. En todo caso, la realidad práctica muestra que las empresas públicas tienden a optar por una negociación de estricto ámbito empresarial, de modo que se mantienen ajenas a la negociación sectorial que se produce en su concreto ámbito de actuación.

A mayor abundamiento, la aplicación de la precedente consecuencia derivada del principio de correspondencia, debe conducir a la extensión de este efecto aplicativo limitado al sector privado de los convenios colectivos negociados por asociaciones empresariales también para los acuerdos interprofesionales. Por ello, las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y, en particular, sobre concurrencia entre convenios colectivos no pueden aplicarse a los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. En idéntica lógica, los acuerdos interprofesionales sobre solución autónoma de los conflictos colectivos no suelen aplicarse directamente al personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de quedar abiertos a su incorporación a resultados del correspondiente acuerdo de adhesión expresa (por todos, art. 4.4 ASAC).

<sup>8</sup> SSTS 6 de mayo de 2019, rec. 406/2018, ECLI:ES:TS:2019:1956; 9 de julio de 2020, rec. 4608/2018, ECLI:ES:TS:2020:2638.



Finalmente, al no existir asociaciones empresariales representativas de las Administraciones Públicas, queda excluida la posibilidad de celebrar convenios colectivos de ámbito sectorial, quedando la estructura negocial reconducida a convenios colectivos de empresa, para grupos de empresa o para una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas. Si acaso, el ámbito más amplio en lo negocial puede ser el correspondiente al conjunto del personal dependiente de una determinada Administración Pública. Dicho en sentido inverso, la autonomía política y administrativa de cada una de las Administraciones Públicas dificulta, cuando no impide, el desarrollo de una negociación colectiva común para el conjunto de las Administraciones Públicas o, si acaso, para un grupo de ellas. Sin poder ello ser legalmente inviable, siendo prueba de ello que hoy en día existen algunos casos emblemáticos, vía, por ejemplo, los convenios colectivos para un grupo de ellas (baste con pensar en los convenios colectivos para un grupo de Universidades Públicas), lo cierto es que se trata de ejemplos excepcionales.

Por todo lo anterior, la estructura de la negociación colectiva dentro del sector público presenta menores ámbitos de negociación y, con ello, son menores, las situaciones de concurrencia convencional que requieran de reglas específicas para las mismas. En todo caso, lo que sí puede afirmarse es que las reglas de concurrencia establecidas en el Estatuto de los Trabajadores para poco sirven en el ámbito de la negociación colectiva en la Administración Pública, incluso más ampliamente en el conjunto del sector público.

## **7. PROCEDIMIENTO NEGOCIAL Y CONTROL ADMINISTRATIVO DE LEGALIDAD**

Esta materia relativa al procedimiento negocial, incluida la conclusión del mismo, es una de las que presenta mayores diferencias respecto del régimen común, la que puede tener un mayor impacto práctico y, por paradójico que parezca, la que presenta superiores imperfecciones, mayores rasgos de inseguridad jurídica. Con toda seguridad es la que requeriría de una actuación normativa general, en términos que pueda canalizar el proceso negocial en términos más seguros.

La intervención legal en esta vertiente por lo que se refiere a la generalidad de la negociación colectiva, si bien pensada esencialmente para el sector privado, resulta mínima. A tal efecto, se parte de un amplio juego de la autonomía negocial, donde el protagonismo les corresponde casi exclusivamente a los representantes de los trabajadores y empresarios que integran cada comisión negociadora. Como efecto derivado de lo anterior, la intervención es residual o marginal por parte de los poderes públicos, tanto nos refiramos a una intervención legislativa regulativa del procedimiento negocial como a una intervención administrativa de seguimiento y control por parte de la autoridad laboral.

Por contraste, la intervención resulta intensa en lo que afecta a los convenios colectivos del sector público, cuando menos del conjunto del estatal y del conjunto del autonómico, lo que comporta una regulación aislada, pero de enorme trascendencia, que atribuye un papel decisivo a la intervención administrativa, tanto en el inicio del procedimiento negocial como en momento final de adquisición de plena eficacia jurídica de lo pactado.

El primer diagnóstico de desconcierto se produce respecto del instrumento normativo utilizado para establecer esa regulación e intervención administrativa. En efecto, la misma se incorpora a nuestro sistema negocial a través de las sucesivas leyes de presupuestos

anuales, sean la estatal o se trate de las autonómicas. Una cosa es que se trate de un régimen formalmente circunscrito a cada año presupuestario y otra cosa es que se trata de una disciplina que se reitera año tras año, con meros matices diferenciales en la redacción de un año tras otro. Tanto por esta circunstancia de su reiteración todos los años, como sobre todo, atendiendo a la materia objeto de regulación, debe destacarse que se trata de un aspecto de alcance institucional y estructural del funcionamiento de la negociación colectiva en el sector público. Por ello, no se trata de una materia propiamente presupuestaria, lo que nos lleva a concluir que su incorporación no es apropiada para lo que corresponde a la normativa presupuestaria. A pesar de que tiene una relación con el respeto al mandato constitucional de respecto a la determinación del gasto público efectuada por el Parlamento, va más allá de ello, por cuanto que establece los poderes de intervención de la Administración Pública en el desarrollo del proceso negocial, incluso por cuanto que, a ciertos efectos, esa intervención administrativa en cuanto a su objeto va más allá del control presupuestario. Una cosa es que correctamente las Leyes de Presupuestos fijen el tope de incremento del gasto de personal cada año, y otra, cualitativamente diferente, es la intervención que en base a ello se le atribuye a la Administración Pública. Del mismo modo que, como veremos a continuación, el régimen especial de inaplicación del convenio colectivo en el sector público, se establece con carácter general en el Estatuto Básico del Empleado Público, esta misma intervención se debe redireccionar a una norma con rango de ley que, con carácter estructural y permanente establezca el régimen de intervención administrativa en este terreno. Aunque sea respecto de otros asuntos, el Tribunal Constitucional ha establecido el criterio de que las Leyes de Presupuestos no constituyen el instrumento idóneo para establecer regulaciones institucionales de carácter general, que trascienden lo estrictamente presupuestario<sup>9</sup>. Este criterio, a nuestro juicio, sería perfectamente aplicable a esta materia.

A mayor abundamiento, mientras que los topes máximos de incremento de las retribuciones se establecen en las sucesivas leyes anuales de presupuestos para la totalidad del sector público (incluyendo de este modo tanto al estatal, como al autonómico y el local), el régimen de intervención administrativa al que nos estamos refiriendo se contempla tan sólo para lo que afecta a la negociación colectiva del sector estatal. Es cierto, que sucesivamente cada una de las leyes de presupuestos autonómicos establecen su propio régimen de intervención administrativa, pero sin que existan reglas comunes. Más aún, lo que se prevé para el ámbito estatal y el autonómico, se prevé de manera específica en la legislación general relativa a la misma; cuando menos nada de ello se establece en la Ley de Bases del Régimen Local, lo que permite que en ciertas Administraciones locales no se establezca intervención administrativa alguna para la negociación colectiva que se desarrolla en su seno y en las empresas públicas dependientes de las mismas. A la vista de ello, entendemos como conclusión subsiguiente que sería necesario que dentro de las bases que le corresponde a la legislación estatal se regulara un régimen de cierta uniformidad en esta materia, con afectación al conjunto del sector público, sea estatal, autonómico o local.

Entrando en el contenido habitual de la regulación presupuestaria de la intervención administrativa que venimos comentando, de manera generalizada se contempla la necesidad de un informe favorable de la Administración competente en materia de personal del texto del preacuerdo alcanzado entre las partes en el seno de la comisión negociadora. Adicionalmente, en paralelo, se está extendiendo también una adicional exigencia de que la representación empresarial, que va a ser responsable de la negociación en el seno de

<sup>9</sup> Po todas, STC 122/2018, de 31 de octubre, BOE 6 de diciembre.

la correspondiente comisión, solicite a la misma Administración competente en materia de personal que se le autorice para iniciar las negociaciones<sup>10</sup>. De nuevo, como tercera propuesta sería recomendable uniformar el procedimiento, de modo que ese doble control se establezca para toda negociación colectiva en el sector público, con independencia de la Administración que tomemos como referencia, de nuevo sea estatal, autonómica o local.

A partir de aquí, por motivos de simplificación del análisis, nos vamos a centrar en la regulación actualmente vigente para la negociación colectiva estatal, sin perjuicio de que muchas de las consideraciones que haremos pueden ser extensibles lo que actualmente se contempla en las leyes de presupuestos autonómicas.

Respecto del inicio de la negociación la normativa común es muy sencilla: quienes ostenten legitimación plena pueden promover el inicio de las negociaciones, comunicándolo a la contraparte y notificándolo a la autoridad laboral (art. 89.1 ET)<sup>11</sup>. En el plazo máximo de un mes debe procederse a constituir la comisión negociadora y, por tanto, a iniciar las negociaciones (art. 89.2 ET), salvando los casos en los que la contraparte se puede negar a ello cuando no concurra el deber de negociar de buena fe (art. 89.2 ET). Para el caso concreto de la negociación colectiva en el sector público estatal y, en general por extensión a las Comunidades Autónomas, el procedimiento de separa notablemente del régimen contemplado en el Estatuto de los Trabajadores, al extremo que puede afirmarse que el grueso de esta última regulación queda sustituida por la normativa presupuestaria.

En concreto, lo que se contempla es que, como primer paso, la Comisión Delegada para Asuntos Económicos ha de aprobar las pautas para la negociación colectiva en el sector público estatal para cada ejercicio presupuestario. Como segundo paso, una vez aprobadas las pautas precedentes, se exige que con carácter previo al inicio de las negociaciones que todas las entidades del sector público con independencia de su configuración jurídica (con excepción de las negociaciones de la propia Administración Pública) deben solicitar a la Secretaría de Estado de Función Pública informe favorable sobre las líneas de la negociación y las principales medidas que se pretenden plantear en la negociación. En estos casos, la negociación sólo se puede iniciar una vez emitido este informe favorable, al mismo tiempo que la negociación debe ajustarse a la propuesta notificada en la solicitud mencionada<sup>12</sup>.

Los elementos más relevantes a resaltar del procedimiento apenas resumido serían los siguientes. Se produce una actuación externa a la comisión negociadora, condicionante tanto del inicio como del desarrollo de las negociaciones, por parte de la Administración estatal responsable en materia de personal, por vía del establecimiento primero de unas pautas y segundo de un informe favorable a la negociación. La actuación en estos casos por parte de la Administración lo es, no tanto en el ejercicio del poder ejecutivo propio de la misma, sino en su condición de responsable de personal y, por tanto, como instancia que decide en el rol de empleador del conjunto del personal laboral al servicio del conjunto del sector público estatal. Por ello, formalmente su informe no se dirige a la comisión negociadora en su conjunto, sino a la representación empresarial en el mismo y a la actuación que a la misma se le permite o se le impide. En sentido contrario, se puede

<sup>10</sup> Por todas, art. 34 Ley 31/2022, de 23 de diciembre, BOE 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

<sup>11</sup> STS 2 de diciembre de 2016, rec. 14/2016, ECLI:ES:TS:2016:5619.

<sup>12</sup> Art. 34.1 y 2 Ley 31/2022, de 23 de diciembre, BOE 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

afirmar que la ausencia de ese informe, o bien una emisión del mismo negativo o con reparos, supone la representación presente en el banco empresarial carece de mandato negocial y, por tanto, no puede iniciar las negociaciones. La norma no contempla plazo alguno para la emisión de este informe, de modo que en ciertas ocasiones el inicio de las negociaciones se puede posponer *'sine die'*. Esa actuación de informe previo, aunque implícitamente manifiesta la preocupación porque en el desarrollo de la negociación no se respeten los límites de incremento de gasto establecidos presupuestariamente, tal como está formulada afecta al conjunto de lo negociable en el correspondiente convenio colectivo: tanto en la regulación de la aprobación de las pautas generales como en el contenido de la solicitud del informe previo se alude a cuantos aspectos puedan ser objeto de negociación en la correspondiente comisión negociadora. A tenor de ello, aunque la redacción del precepto no es nada clara, tanto las pautas como el informe van más allá de un control de legalidad de las limitaciones presupuestarias: además de servir de instrumento de control del respeto a los límites establecidos presupuestariamente, pueden desarrollar una función de determinación de la política negocial en el sentido amplio del término, dado que la Administración Pública a través de esta intervención actúa en su rol de empleador y no exclusivamente en el del control de la legalidad.

En definitiva, se trata de un modelo de inicio y desarrollo de la negociación colectiva en el sector público estatal perfectamente comprensible y lícito a todos los efectos, pero claramente separado del marco normativa establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Eso sí, conviene advertir que, aunque no constituya ello imperativo legal, en muchas ocasiones esta dinámica también se produce en los procesos negociales en el ámbito del sector privado: también en las negociaciones del sector privado quienes están presentes como miembros a todos los efectos como representantes de los intereses empresariales no tienen la capacidad decisoria última, sino que, en muchas ocasiones, precisan del visto bueno de instancias empresariales externas a la propia comisión, tanto si se trata de convenios de empresa como sectoriales. La diferencia formal se encuentra en que en el caso de la negociación colectiva en el sector público ello se encuentra elevado a rango legal, lo que supone que carece de eficacia los acuerdos adoptados en el seno de la comisión negociadora, con el aval empresarial, que no se encuentren amparados en el contenido del informe previo favorable emitido por la Administración Pública.

Respecto del momento final de aprobación del convenio colectivo, también la normativa presupuestaria contempla una intervención de control de lo pactado. Ahora ese control final se hace extensivo a todos los acuerdos, convenios colectivos e instrumentos de negociación colectiva, de modo que incluye también a los resultados de la negociación para el personal laboral al servicio de la Administración Pública estatal, que como vimos se excluía del informe previo al inicio de las negociaciones. Ahora, de nuevo, se viene a exigir una autorización previa favorable del texto finalmente aprobado. En este caso la autorización en cuanto a su objeto se concentra exclusivamente en el “impacto presupuestario” de lo acordado, de modo que su finalidad es que en ningún caso de lo acordado “pueda derivarse, directa o indirectamente, incremento de gasto en materia de costes de personal y/o incremento de retribuciones por encima de lo autorizado” en la norma presupuestaria<sup>13</sup>. Expresamente se manifiesta que esta autorización se requiere como requisito para la “plena validez” del texto pactado, “siendo nulos de pleno derecho los que se alcancen sin dicha autorización”. Como consecuencia de ello se ha declarado que los convenios colectivos no autorizados carecen de eficacia jurídica y, por tanto, no

<sup>13</sup> Art. 34.3 Ley 31/2022, de 23 de diciembre, BOE 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

se puede reclamar su ejecución judicial<sup>14</sup>. De este modo, aunque este segundo informe lo emite la misma instancia que el primero, se diferencia significativamente desde dos puntos de vistas claramente diferenciados, siendo significativo que ahora se utiliza el término “autorización”. De un lado, ahora quien emite el informe lo hace en su condición de autoridad administrativa a todos los efectos, y no como mero empleador público. De otro lado, la labor que realiza es estrictamente de control de la legalidad presupuestaria y exclusivamente de la legalidad presupuestaria. Por ello, en modo alguno puede asimilarse esta autorización administrativa a lo que en tiempos ya muy pretéritos fue la homologación de los convenios colectivos, que jugaba en una lógica bien distinta y con un alcance muy diferente.

Esta autorización presenta importantes consecuencias prácticas, tanto en lo procedimental como en lo procesal. En primer lugar, la autorización de la Administración responsable en materia de empleo público, no sustituye a la prevista con carácter general asignada a la autoridad laboral para el registro y control de legalidad de todos los convenios colectivos, sin perjuicio de que se puede producir un cierto solapamiento entre ambas, dado que ambas llevan a cabo un control de legalidad: la Administración responsable en materia de empleo público en el ámbito estricto del respeto a los condicionantes presupuestarios, la autoridad laboral para el conjunto del respeto a la legalidad. Ello requiere que la intervención de una y otra debe ser secuencial y se encuentren coordinadas. Así, en segundo lugar, como la autorización de la Administración responsable en materia de empleo público expresamente se considera como requisito para la plena efectividad del convenio, es la que debe producirse en primer lugar y, por tanto, hasta que no se obtenga esta autorización por parte de la Secretaría de Estado de Función Pública no es posible proceder al registro y depósito del convenio colectivo ante la autoridad laboral, de modo que si se deniega la autorización el convenio no puede proceder a registrarse y si se intenta hacerlo la autoridad laboral lo debe rechazar de plano. En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, ha de interpretarse que obtenida la autorización positiva de la Administración responsable en materia de empleo público, el control de legalidad a realizar por la autoridad laboral debe centrarse en el resto de los aspectos legales, si bien partiendo de la premisa de que lo acordado respeta los límites presupuestarios. En cuarto lugar, en caso de que se deniegue la autorización por parte de la Secretaría de Estado de Hacienda o del órgano homólogo de las Comunidades Autónomas, nos encontramos frente a un acto administrativo que resuelve definitivamente sobre el fondo del asunto y que, como cualquier otro acto administrativo, es revisable judicialmente; revisión que en este caso no corresponde resolver al orden social de la jurisdicción y, por tanto, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa<sup>15</sup>.

## 8. LA INAPLICACIÓN UNILATERAL DE LO PACTADO

La última de las especialidades expresamente contempladas en la normativa vigente en relación con los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas refiere a la inaplicación de lo pactado en los mismos, a través de un procedimiento específico previsto para los mismos desde mediados del año 2012, por tanto, en el marco de las medidas de reducción del gasto público adoptadas en el marco de la crisis económica de aquel período. Comoquiera que se trata de una materia de la que me he

<sup>14</sup> STS 23 de abril de 2019, rec. 162/2019, ECLI:ES:TS:2019:1761.

<sup>15</sup> STS, sala de lo social, 9 de marzo de 2023, rec. 231/2023, ECLI:ES:TS:2023:847.

ocupado de manera autónoma en el momento en el que se introdujo esta variante<sup>16</sup>, en estos momentos me voy a limitar a tratar lo esencial para ofrecer el panorama completo de lo que estamos tratando y, en particular, alguna concreta novedad legislativa producida en los últimos tiempos.

Dejamos al margen la posibilidad de que una norma estatal, en base a los principios de jerarquía normativa y de modernidad, imponga directamente un régimen de condiciones de trabajo de entrada en vigor inmediata, que provoque el efecto de alteración de lo pactado en un convenio colectivo ya vigente, que ha sido validado como correcto por el Tribunal Supremo<sup>17</sup>. Nos centramos, por tanto, en el procedimiento de inaplicación convencional específico previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público para los convenios colectivos del personal laboral de las sector público: “Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación” (art. 32.2 EBEP).

Aunque son muy limitados los supuestos en los que la Administración Pública ha llegado a hacer uso de esta facultad, al punto que salvo error u omisión sólo se ha llegado a dictar una sentencia al respecto por parte del Tribunal Supremo<sup>18</sup>, por su afectación al diseño general de la negociación colectiva del personal laboral, merece la pena señalar los aspectos más significativos del mismo.

Los dos aspectos más importantes, diferenciales del homólogo procedimiento general contemplado para el conjunto de los convenios colectivos (art. 82.3 ET), residen en los siguiente. De un lado, en que en este caso se permite que la inaplicación se produzca por decisión unilateral directa de la propia Administración, sin ni siquiera someterlo a un previo procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores o de quienes negociaron el correspondiente convenio colectivo. De otro lado, que se exige la concurrencia de circunstancias que expresamente se califican de “excepcionales” y “por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”. Las conclusiones principales que derivan de lo anterior serían las siguientes.

Ante todo, el procedimiento de presenta como alternativo, pero no como eliminario del procedimiento de inaplicación convencional previsto en el Estatuto de los Trabajadores para el conjunto de los convenios colectivos. Para que se produjera ese sistema sustitutorio y eliminario para la negociación colectiva en este ámbito específico sería necesario que expresamente así se hubiera previsto legalmente en el momento en el que se introdujo esta fórmula en el EBEP. Dicho de otro modo, aunque se trate de una regla especial, la misma no excluye el procedimiento estatutario para los convenios colectivos del sector público. Dicho de otro modo, cuando no concurren las circunstancias “excepcionales” contempladas en el Estatuto Básico del Empleado Público, cabría acudir al procedimiento estatutario, diferente en cuanto a causas justificativas, condiciones de trabajo a modificar

<sup>16</sup> J. Cruz Villalón, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en *Temas Laborales* nº 117 (2012), 43 páginas, 13-55.

<sup>17</sup> SSTs 23 de febrero de 2012, rec. 146/2011, ECLI:ES:TS:2012:1535; 15 de diciembre de 2015, rec. 67/2015, ECLI:ES:TS:5661.

<sup>18</sup> STS 26 de octubre de 2015, rec. 276/2014, ECLI:ES:TS:2015:5128.

y procedimiento no unilateral por medio del cual se produce la inaplicación. En particular, debe tenerse presente que las causas económicas justificativas del ET son de menor gravedad que las contempladas en el EBEP; debe tenerse en cuenta que en el procedimiento del ET se incorporan adicionalmente las causas técnicas, organizativas o productivas que no se recogen en el EBEP; debe tenerse presente que en el ET se prevé una lista cerrada pero amplia de medidas a adoptar, mientras que ello no figura en el EBEP pero ha de considerarse que sólo caben medidas que sean adecuadas y proporcionadas a la presencia de una causa de carácter económico; debe tenerse presente que el ET contempla diversas vías de efectuar la inaplicación convencional, pero en ningún momento permite que a misma se produzca por decisión unilateral de la Administración.

La última Ley de Presupuestos para 2023 ha introducido un cambio en la regulación de la inaplicación difícil de comprender y que el propio legislador no justifica expresamente. Me refiero a la supresión del último párrafo regulador del procedimiento de inaplicación. Se trataba de un párrafo que definía con bastante precisión la causa justificativa excepcional y grave que facultaría para proceder a la inaplicación convencional<sup>19</sup>. Aparte de que, una vez más, se acuda indebidamente a una Ley Presupuestaria para efectuar una modificación institucional de régimen general, a nuestro juicio no se entiende el fundamento de la supresión de esta aclaración legal de la causa justificativa exigida. La inseguridad jurídica que podría provocar la utilización de unos conceptos jurídicos indeterminados para la habilitación general para llevar a cabo la inaplicación, venía corregida en gran medida con el párrafo ahora suprimido. Por ello, entendemos que la supresión lo único que produce es una alta dosis de inseguridad jurídica, sin ningún tipo de ventaja ni desde el punto de la técnica jurídica no pretenderse con ello corregir el ámbito aplicativo del supuesto. Hubiera resultado más razonable alguna corrección de detalle a la definición causal, que incrementase la seguridad jurídica a estos efectos; por ejemplo, por la vía de eliminar la coletilla “entre otras” en la definición causal que se ha suprimido, que dejaba abierta la posibilidad de utilizar el procedimiento para procedimientos diversos de los realmente deseables.

Finalmente, dejar constancia de algún criterio dejado establecido por la única sentencia que se ha dictado en aplicación del precepto en cuestión. En primer lugar, extender a este procedimiento de inaplicación el criterio establecido para las inaplicaciones estatutarias, en el sentido de que los efectos de la misma no pueden ser de carácter retroactivo. En segundo lugar, que un rector de una universidad pública es Administración en el sentido del precepto en cuestión, de modo que el mismo se encuentra facultado para acordar unilateralmente la inaplicación del convenio vigente para dicha universidad. En tercer lugar, aunque expresamente no lo aborda, pero si lo da por supuesto, el orden social de la jurisdicción es competente para conocer las demandas que se puedan plantear contra este tipo de acuerdos de inaplicación<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> A los efectos de lo previsto en este apartado, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. Párrafo suprimido por la disp. final 24.1 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, BOE 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

<sup>20</sup> STS 26 de octubre de 2015, rec. 276/2014, ECLI:ES:TS:2015:5128.

**EL MECANISMO ESPECIAL PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL  
PERSONAL TEMPORAL DE LARGA DURACIÓN: REFLEXIONES A PARTIR  
DE UNA EXPERIENCIA CONCRETA**

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

*Universidad de Sevilla*

Senior Counsellor, PwC

mrodriguez7@us.es. ORCID 0000-0001-7926-6175

SUMARIO:

1. PRESENTACIÓN
2. EL CONTEXTO: LA CRISIS DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL Y LA LEY 20/2021
3. EL PROCESO ESPECIAL DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY 20/2021
4. LA ORDENACIÓN DE LOS CONCURSOS
5. EL DISEÑO DE LOS CONCURSOS
6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS



## 1. PRESENTACIÓN

El objeto de este trabajo, además de homenajear a un querido colega experto como pocos en los temas de empleo público, es el de analizar un supuesto particular de mecanismo de consolidación de trabajadores temporales, integrado dentro de uno de los múltiples procesos de este tipo en el sector público español. Me refiero a la “convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración”, previsto en las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Se trata de un proceso que presenta alguna particularidad respecto de los procesos anteriores y coetáneos. Su interés está en que pone de manifiesto las complicaciones que afronta el legislador cuando tiene que equilibrar y compatibilizar dos objetivos distintos en un único proceso: el general de asegurar los principios constitucionales en el acceso al empleo público; y el especial de promover la conversión de trabajadores temporales en indefinidos. Es una tarea que genera grandes tensiones, puesto que hay diferentes colectivos afectados, cada uno de los cuales prioriza un aspecto, bien la garantía de las posibilidades de acceso de todos los ciudadanos, bien facilitar la permanencia de los que ya están. Con la dificultad añadida de que los trabajadores temporales son percibidos de diferente manera según la perspectiva que se adopte: o como víctimas de un mal funcionamiento de la administración; o como beneficiarios de éste, al haber podido tener un trabajo sin superar las pruebas necesarias para ello, cuando no cómplices en los incumplimientos.

Todo ello en el marco de una regulación insuficiente e insatisfactoria. El procedimiento que estudiaré debía ser implementado por cada entidad pública empleadora, mediante una convocatoria que se movía entre dos grandes riesgos: el de no alcanzar su objetivo, el de estabilizar a los trabajadores; y el de vulnerar la legislación de acceso al empleo público, yendo demasiado lejos al facilitarles obtener su plaza. Los intereses en conflicto eran varios y enfrentados: la entidad, para la que una prioridad era garantizar la legalidad del procedimiento; los trabajadores temporales incluidos en la convocatoria, a los que sólo preocupaba que el proceso les garantice conservar su plaza; otros empleados públicos, que rechazan estos procesos por considerar que el acceso a estos empleos sólo debe realizarse por las vías ordinarias; los ciudadanos que tienen una expectativa de poder acceder a un empleo público.

En este caso, por las circunstancias del momento y la finalidad del procedimiento, se puso énfasis en el objetivo de estabilizar, facilitando aún más el acceso al empleo indefinido de los trabajadores temporales de diversas formas; dos son los factores que explican esta preferencia: las presiones de la Unión Europea, en cuyo ordenamiento el único objetivo es la tutela de los trabajadores temporales, sin que los principios de acceso a este sector sean de su incumbencia; y la larga duración de las situaciones de temporalidad para las que se dirigía esta convocatoria. Todo ello en un contexto general de crítica a la excesiva presencia de las relaciones laborales de duración determinada en nuestro mercado de trabajo en general, y en el del público en particular.

Pero esta preferencia no podía llegar en ningún caso a eliminar el otro, el de garantizar la participación de los ciudadanos que quisieran competir por estas plazas. La Exposición de Motivos de la Ley 20/2021 es clara en este sentido: *“no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el*

*Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*<sup>7</sup>. La tensión propia de estos mecanismos se vio, así, incrementada.

Dado que el marco normativo está integrado también por normas autonómicas, se ha optado por incluir también a éstas, seleccionando, por motivos obvios, las de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El punto de vista será eminentemente práctico, y centrado en la práctica concreta de estos procedimientos, a partir de la experiencia del autor de este trabajo en alguno de éstos, como parte de su actividad de transferencia.

El estudio de este procedimiento concreto sirve para poner de manifiesto las contradicciones intrínsecas a la figura de la consolidación del empleo público, las limitaciones de su regulación actual y la inseguridad que sufren los empleadores públicos que deben ponerla en práctica.

## **2. EL CONTEXTO: LA CRISIS DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL Y LA LEY 20/2021**

España vive, desde hace décadas, una crisis de empleo temporal, con una presencia de éste en el mercado de trabajo insoportable, convirtiéndolo en una seña de identidad y en un problema al mismo nivel que el desempleo o la calidad de la ocupación. Esta crisis presenta dos facetas distintas, aunque ambas de igual gravedad, según se trate del sector privado o del sector público.

La temporalidad en el sector privado obedece a sus propias causas, y sus consecuencias negativas son múltiples y bien conocidas. Los interlocutores sociales y los gobiernos sucesivos han adoptado todo tipo de estrategias para reducirla, siendo la última manifestación la que llevó al Acuerdo de los interlocutores sociales de diciembre de 2021 y al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

En el sector público este fenómeno tiene unas características propias. Difieren sus causas, que se multiplican al incluir, junto a la existencia de necesidades de mano de obra de duración determinada, la complicación de los mecanismos para cubrir las plazas de manera indefinida, el diseño de carreras profesionales basada en la sucesión de contratos de duración limitada, los mecanismos de conservación del puesto de trabajo para los empleados públicos, e incluso, últimamente, las limitaciones impuestas por la legislación presupuestaria. También su marco legal, que por un lado facilita el recurso a distintas modalidades de contratación, tanto para funcionarios como para laborales, y por el otro dificulta la aplicación de los mecanismos generales de corrección de la temporalidad, como la conversión contractual (produciendo construcciones como la del indefinido no fijo). Sus efectos, aun diferentes a los que se detectan en el empleo privado, son también serios, afectando, además de a los propios trabajadores implicados, a la calidad de gestión de las entidades de este sector, y a los derechos de los demás ciudadanos. Se produce, finalmente, un factor jurídico exclusivo de este sector, que es la presión de la Unión Europea contra sus prácticas de contratación, que es lo que finalmente ha llevado a plantear una modificación de su marco normativo, iniciada en el diálogo social, continuada en el

Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y culminada con la aprobación de la Ley 20/2021.

Esta Ley comparte código genético con el RDL 32/2021, aunque presenta también notables diferencias. Tiene una parte de reforma del Derecho del Empleo Público, con medidas estructurales que afectan al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP); y otra de medidas de emergencia, de carácter coyuntural, para reducir el inaceptable volumen de contratación temporal en este sector. La prioridad que se daba a este asunto se constata con el hecho de que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia incluyera un componente 11, relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas, uno de cuyos ejes era la reducción de la temporalidad de los empleados públicos y mejora de su formación.

El instrumento para reducir de manera inmediata la temporalidad utilizado es el de los procesos de consolidación, una figura bien conocida en nuestro Derecho y que refleja de manera clara las contradicciones en las que estos empleadores deben moverse. Una figura que contradice los principios generales en la materia, casi una ilegalidad que se tolera si se aprueba mediante una ley. Que se justifica por circunstancias extraordinarias en un contexto de temporalidad constante y perenne. Una excepcionalidad que no es tal, puesto que estos procesos se van acumulando hasta convertirse casi en un instrumento más en manos de los empleadores públicos en su gestión de personas.

El Estatuto Básico del Empleado Público, en su intento regular de una manera completa la relación de servicios de este colectivo previó igualmente la posibilidad de utilizar este tipo de procedimientos. Su disposición transitoria cuarta se ocupaba de la “consolidación de empleo temporal”, indicando que las “*administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías*”. No se hacía una habilitación general para este tipo de actuación, sino que se limitaba esta posibilidad exigiendo tres requisitos: que afecte a puestos o plazas de carácter estructural; que estos puestos estén dotados presupuestariamente; y que se encontraran desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. No se trataba por tanto de una habilitación general, sino de una especial para resolver el problema de temporalidad que las administraciones sufrían en el momento de aprobarse el EBEP. La consolidación no es un mecanismo ordinario de acceso al empleo público, sino algo excepcional que activar en cada caso mediante una norma legal.

La Ley 20/2021 retoma este instrumento en su artículo 2, bajo la denominación de “procesos de estabilización de empleo temporal”, en el que se autoriza a las entidades públicas a poner en marcha estos procedimientos, y marca las condiciones para ello. Esto se consigue mediante la autorización de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal, saltándose las estrictas limitaciones que desde hace años se imponen a la contratación (y que explican también en parte el problema de temporalidad al que se ha llegado). Activa un último proceso de estabilización de plazas de carácter estructural que se suma a los ya iniciados en 2017 y 2018, y establece plazos tasados para asegurar el cumplimiento del hito de ejecución de todas las ofertas antes del 31 de diciembre de 2024, evitando dilaciones que comprometan el objetivo de estabilización de plazas de carácter estructural.

En todo caso, estos procesos deberán desarrollarse con arreglo a los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad; y se prevén compensaciones para el

personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.

Deben ser plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. No es necesario, por el contrario, que estén dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas. A éstas se unen aquellas plazas afectadas por los procesos de estabilización anteriormente previstos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018, siempre que hubieran estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización que no hubieran sido convocadas en la fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2021, o que, habiendo sido convocadas y resueltas, hubieran quedado sin cubrir.

### **3. EL PROCESO ESPECIAL DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY 21/2021**

La misma Ley 20/2021 prevé un procedimiento especial, del que podrían beneficiarse algunos trabajadores que en principio estaban incluidos dentro del ámbito de aplicación de su artículo 2º, y del proceso de consolidación que éste recoge, pero que presentaban una característica especial que les hacía merecer un tratamiento diferenciado: el que su situación de temporalidad se hubiera prolongado excepcionalmente.

El legislador justifica la admisibilidad de este mecanismo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos (artículo 23.2 CE), que únicamente puede ser exceptuada por razones excepcionales y objetivas, ordenándose de manera igualitaria mediante normas abstractas y generales, lo que obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad.

Este canal diferente se encuentra recogido en la disposición adicional sexta, bajo la denominación de “convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración”. Se presenta como un procedimiento especial dentro del general previsto en la ley, para beneficiar a algunos trabajadores públicos cuya situación de temporalidad presentaba también alguna especialidad. De acuerdo con esta disposición, las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. El legislador explica la presencia de estas temporales tan dilatadas como la consecuencia de las tasas de reposición cero de los ejercicios 2012 al 2015, que provocaron la imposibilidad de incorporar, a las correspondientes ofertas de empleo público, las plazas que en esos momentos se estaban ocupando en régimen de interinidad.

Se trata, como se ve, de personas contratadas por un lapso mayor (siete años), y de forma continuada; mientras que los afectados por el proceso general podrían haber tenido una carrera discontinuada. Junto a este colectivo, la disposición adicional octava impone la inclusión de las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016. La Exposición de Motivos de la Ley afirma que la disposición adicional sexta da amparo

normativo al concepto jurisprudencial de interinidad de larga duración superior a cinco años. Este concepto resulta de aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, garantizando la igualdad en todo el territorio, por el carácter de normativa básica de la Ley 20/2021.

Este mecanismo resultaba de aplicación también a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público, de acuerdo con la disposición adicional séptima, aunque se especifica que esto se hará sin perjuicio de la adecuación, en su caso, a su normativa específica.

Estos procesos se desarrollarán, se dice expresamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP. *Contrario sensu*, no regirán respecto de éstas lo dispuesto en el resto de apartados de este artículo.

El carácter excepcional se demuestra cuando el legislador asegura que las convocatorias al amparo de esta norma “se realizarán por una sola vez”.

Se prevé que estas convocatorias puedan ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, utilizando una expresión (“podrán”) que apunta a que no se trata de una obligación general, aunque en la práctica lo ha sido.

Estas convocatorias deberán respetar los plazos establecidos en el artículo 2.2, que se convierten así en norma común para todos los procesos contemplados en la Ley: las ofertas de empleo público debían aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022; la publicación de las convocatorias debía producirse antes del 31 de diciembre de 2022; y la resolución de estos procesos selectivos debería finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. Repárese que en dos de los hitos la fecha de referencia no es la de la aprobación por el órgano correspondiente, sino la de la publicación, un evento que no depende exclusivamente de la voluntad del órgano convocante, ya que variará según la carga de trabajo de los respectivos diarios oficiales. La idea es que las entidades convocantes sean diligentes en el diseño e implantación de estos procesos.

Se le aplica también la disposición adicional cuarta, relativa a las medidas de agilización de los procesos selectivos, por lo que las administraciones convocantes deberán considerar actuaciones tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio, entre otras. De la misma manera, se podrá prever la inclusión en bolsas de personal funcionario interino o de personal laboral temporal específicas de aquellas personas que no superen el proceso selectivo; alternativamente, se les podrá integrar en otras bolsas ya existentes en el momento del concurso. La ley especifica que esta integración solo podrá beneficiar a aquellos candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo correspondiente, y no habiendo superado éste, hayan obtenido una puntuación mínima que cada convocatoria deberá indicar.

Las especialidades de mecanismo especial obligan no sólo a limitar su ámbito, personal y temporalmente, sino también a explicar y a justificar su utilización. De esta manera, la Exposición de Motivos afirma que se cumplen las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional para evitar que se vulnere el principio de igualdad de acceso a cargos y empleos públicos: se trata de una situación excepcional; se acude a este tipo de procedimientos por una sola vez; y está amparada en una norma con rango legal.

¿Qué ventajas supone este procedimiento especial para un colectivo especialmente castigado por la temporalidad de su empleo? Son varias, en realidad, más de las que se

reconocieron para los procedimientos comunes de estabilización del artículo 2.1 de la Ley. Como a éstos, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal. Pero se permite que el proceso selectivo sea el de concurso, y no el de concurso oposición, lo que supone un indudable beneficio, especialmente cuando entre los méritos a valorar se encuentra la experiencia profesional, y estamos hablando de personas que ocupan un puesto de trabajo público desde hace muchos años. Además, se la propia finalidad general del proceso, la estabilización de este personal, permite que se admita un trato ventajoso para el personal laboral temporal en cuanto a su participación, la valoración de sus méritos, etc., que no serían admisibles en procesos ordinarios de acceso. Finalmente, desde el punto de vista de los trabajadores es también una ventaja la previsión de unos plazos muy cortos, para lo que son los procesos de acceso al empleo público en España. Esto les asegura que podrán consolidar sus puestos de trabajo de manera casi inmediata.

## 4. LA ORDENACIÓN DE LOS CONCURSOS

Tras la entrada en vigor de la Ley 20/2021, los distintos empleadores públicos se enfrentaron a la tarea de diseñar las convocatorias respectivas al amparo de las disposiciones adicionales. En esta tarea debían seguir algunas indicaciones, como que el sistema de acceso debía ser el concurso; que sólo podrían incluirse las plazas específicamente identificadas en la Ley 20/2021; que las convocatorias podían ser objeto de negociación; que éstas debían publicarse antes del 31 de diciembre de 2021; y que debían respetarse algunos mandatos del artículo 61 TREBEP. Poco material para esta tarea, por lo que las entidades del sector público con personal de esta categoría tuvieron que acudir a otras fuentes de ordenación y de guía para poder publicar unos concursos con garantías de que no iban a ser impugnadas y, en su caso, anuladas por los tribunales. La complicación general de estos concursos, unida a la presencia de opiniones intereses muy contrapuestos sobre éstos, casi garantizaba su censura ante los tribunales, por lo que operar dentro de unos márgenes de seguridad adecuados resultaba fundamental.

### 4.1. La negociación de las convocatorias

La disposición adicional sexta disponía que las convocatorias que se realizaran a su amparo podrían ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, respetando, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma. La Secretaría de Estado de Función Pública, en un documento que analizaremos *infra*, informó que “*dadas las características de estos procesos, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre prevé que los mismos sean objeto de negociación colectiva, lo que por otra parte también se corresponde con lo dispuesto en el TREBEP*”, convirtiendo una posibilidad en una obligación. En consecuencia, cada Administración negociaría en su ámbito respectivo la forma de desarrollo de estos procesos.

El deber de negociar los concursos supuso un factor de enorme complicación en su implantación. Si quiera temporalmente, porque introdujo una nueva fase, ciertamente compleja, en un proceso sometido a un plazo bastante estricto y exigente. También supuso someter a las entidades públicas a una gran presión, dado lo que estaba en juego (los puestos de trabajo de muchos de sus empleados), y las tensiones que supone negociar estas materias con los representantes de sus plantillas.

Éstos defendían los intereses de los empleados, pero como se ha indicado era posible que en algunas entidades los distintos colectivos de éstos los tuvieran enfrentados: temporales que pretendían convocatorias que aseguraran su continuidad; indefinidos que pretendían evitar lo que consideraban un acceso injustamente sencillo; empleados que pretendían beneficiarse de las convocatorias para mejorar su posición en la organización cambiando de puesto de trabajo...

Los espacios de negociación variaban según las dimensiones y la estructura de cada organización. En algunos casos fueron los órganos unitarios los encargados de ello. En otros, comisiones específicas creados a tal fin entre estos representantes o los sindicatos. En algunas entidades, finalmente, se utilizaron órganos preexistentes, como comisiones paritarias del convenio o comisiones de contratación; ello se explica porque es común en los convenios colectivos de este sector incluir regulaciones detalladas del acceso a sus plantillas, que incluían tanto reglas sobre el procedimiento como la creación de órganos paritarios encargados de gestionar y controlar estos procesos.

Esto generó un nuevo factor de complejidad, pues hubo que decidir qué elementos de la regulación convencional resultaban aplicables en este caso, puesto que los mandatos ordinarios resultaban poco compatibles con las especialidades de éste. El resultado final era una mezcla de reglas convencionales previas y genéricas con otras específicamente acordadas para el concurso extraordinario.

La Ley 20/2021 dispone, tanto en la disposición adicional sexta como en el artículo 2.4, que los procesos “podrán ser objeto de negociación”. Aunque los responsables de la función pública han interpretado esta posibilidad en términos de obligación general, es claro en cualquier caso que se trata de un deber de negociar, sin que sea exigible un acuerdo con los representantes de la plantilla como ocurre con algunos instrumentos recientemente introducidos en nuestra legislación laboral. Ha sido común, de hecho, no llegar a acuerdos sobre estos concursos, lo que es lógico teniendo en cuenta que ambas partes, aun compartiendo el objetivo general de estabilizar a sus empleados, difieren en cuanto a la necesidad de respetar los límites legales para estos procedimientos.

La Secretaría de Estado de Función Pública recuerda igualmente a todas las administraciones la existencia del Acuerdo sindical relativo al Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas de 5 de julio de 2021.

#### **4.2. Los criterios judiciales**

El concurso de las disposiciones adicionales era peculiar, pero se encuadraba dentro de una categoría común e incluso frecuente en España, la de los procesos de estabilización, que como se ha visto tiene numerosos antecedentes. Al ser una figura compleja, por la necesidad de equilibrar finalidades contradictorias; y al generar posiciones conflictivas entre los afectados e interesados, ha generado una gran litigiosidad a lo largo de los años, lo que ha dado lugar a un amplio volumen de decisiones judiciales sobre sus distintos aspectos. Esto podría resultar útil, a primera vista, en la tarea de definir el marco en el que debían moverse las entidades convocantes; en la práctica no lo fue tanto.

Estos criterios han sido establecidos tanto por la jurisprudencia constitucional como la ordinaria, y producen sus efectos en dos planos: el de la regulación de este instrumento en la Ley 20/201, cuya Exposición de Motivos señala que se adecúa a los límites impuestos por la jurisprudencia constitucional (excepcionalidad, unidad, legalidad); y el del diseño concreto de cada uno de los concursos, que incluye cuestiones tales como las

plazas a convocar, las personas que pueden participar y los méritos a valorar, sobre las que la norma nada previene aunque de ellas pueda derivarse la validez o la ilegalidad del procedimiento.

La utilidad de la construcción judicial fue, como se ha dicho, menor de la esperada por varios motivos. Uno es que la aproximación de los tribunales a la cuestión se hace analizando aspectos puntuales de concursos distintos, de los que se podían extraer pocas indicaciones generales. Uno segundo es que las guías que aportan suelen ser mandatos muy genéricos, que pueden resumirse de la siguiente manera: es legítimo en un proceso de este tipo que haya medidas que beneficien a los trabajadores que ocupan las plazas respecto del esto; pero que éstas deben ser razonables, estar justificadas y ser proporcionales. Conceptos muy generales, es evidente, que dejaban a los órganos convocantes la responsabilidad de decidir sin garantías de legalidad. En tercer lugar, los pronunciamientos disponibles fueron de tribunales diferentes (incluso de órdenes jurisdiccionales diversos), referidos a procesos de consolidación distintos y respecto de una pluralidad de administraciones. Aplicar sus indicaciones a un concurso concreto resultaba arriesgado.

#### **4.3. Las orientaciones para el concurso**

Las entidades públicas afectadas, como se está viendo, tuvieron que afrontar la difícil tarea de diseñar una convocatoria para un concurso que cumpliera su objetivo de estabilizar a las personas que ocupaban las plazas ofertadas, sin superar los límites impuestos por los tribunales y la propia legislación. Todo ello sometidas a presiones de colectivos enfrentados, sin precedentes que pudieran inspirarlas, y en un plazo reducido. Para ayudarles en esta tarea, pero también para evitar una excesiva dispersión en las condiciones de los concursos, las entidades competentes en esta materia elaboraron documentos que pudieran servirles de guía y apoyo.

Un papel importante en el desarrollo de este proceso lo jugó la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las Orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021. Este documento aparece firmada el 1 de marzo de 2022; la fecha es importante, porque de acuerdo con el calendario marcado por la Ley 20/2021 el plazo límite para la aprobación y publicación de las ofertas de empleo público correspondientes a estos procesos de estabilización era el 1 de junio de 2022, por lo que se puso a disposición de los distintos empleadores públicos en un momento oportuno, con tres meses de antelación (sin contar con el plazo necesario para la publicación en los boletines oficiales correspondientes).

Estas orientaciones se dictan con la finalidad de dar un tratamiento armonizado a estos procesos en todo el territorio, a partir del carácter básico de la Ley 20/2021; fueron elaboradas previa consulta y debate con los representantes de las Comunidades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público, así como con las organizaciones sindicales más representativas en el seno de la Comisión de seguimiento del Acuerdo sindical relativo al Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas de 5 de julio de 2021. Claramente se basaban en la experiencia de procesos previos de estabilización, como las previstas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018, para los que se habían elaborado otras recomendaciones similares. Lo interesante



era que recogían previsiones específicas para el personal laboral que se estabilizaba al amparo de las disposiciones adicionales de la Ley 20/2021.

Las orientaciones que contenía pretendían servir de guía a las diferentes Administraciones Públicas, pero sin imposición alguna. Se decía, en efecto, que la competencia correspondía en todo caso a la Administración convocante, y que se respetaba la potestad de autoorganización de cada una. Esta referencia fue utilizada por muchos empleadores públicos para ignorar estas recomendaciones, olvidando que éstas, en realidad, en muchos casos se limitaban a ordenar lo que los tribunales laborales habían venido afirmando respecto de estos procedimientos, fijando los límites admisibles de “especialidad” de los procesos de consolidación respecto de las formas ordinarias de acceso al empleo público.

El contenido de las orientaciones resultaba muy útil, porque incluían todos los aspectos del proceso, como la identificación de las plazas objeto de convocatoria, para lo que se definían los conceptos de ocupación ininterrumpida y de plazas de naturaleza estructural; y se aclaraba la inclusión del personal indefinido no fijo, siempre que hubieran sido declarados como tales por sentencia judicial, y supeditado a que las plazas cumplieran con la necesaria naturaleza temporal, de ocupación ininterrumpida y carácter estructural impuesta por la Ley 21/2020 con carácter general.

Estas orientaciones comunes para todo el Estado fueron acompañadas de documentos similares aprobados por los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas. En el caso de Andalucía, se aprobaron varias para los distintos sectores de la administración regional: entre otras, el Decreto-ley 12/2022, de 29 de noviembre, por el que se regulan los procesos selectivos derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se establecen medidas de utilización de dichos procedimientos y se adoptan, con carácter temporal, medidas en materia de selección de personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía; y la Resolución de la Dirección General del Sector Público Instrumental, de 2 de noviembre de 2022, sobre Orientaciones para el desarrollo de los procesos selectivos derivados de la Ley 20/2021, en el ámbito de las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz. Utilizaremos esta última en este trabajo.

Ya la Oferta de Empleo Público 2022, aprobada por el Decreto 90/2022, para la estabilización del empleo temporal en las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz, autorizaba en su disposición final primera a la persona titular de la Consejería competente en materia de planificación del sector público instrumental para dictar las disposiciones que sean necesarias para su desarrollo y aplicación. Esta Resolución aparece firmada el 2 de noviembre de 2022, lo que significa que se puso a disposición de sus destinatarias con un plazo muy breve, considerando el límite temporal para la publicación de las convocatorias impuesto por la Ley 20/2021. Esto no ayudó precisamente a las entidades afectadas en su tarea.

Estas orientaciones son de exclusiva aplicación a los procesos selectivos derivados de la Ley 20/2021, por lo que su vigencia será desde la fecha de su firma hasta, como máximo, el día 31 de diciembre de 2024, aunque se prevé de si se llegara a producir una ampliación del plazo máximo de resolución por la normativa estatal de carácter básico, continuarán vigentes hasta la fecha de la ampliación que se estableciera por aquella.

La Resolución sostiene que tiene un carácter meramente orientativo, por lo que las convocatorias quedan sometidas al resultado de los procesos de negociación colectiva

que se establezcan en cada entidad. Se afirma, además, que las características específicas de cada una de las tipologías de las entidades impiden establecer unas reglas únicas que deban aplicarse de forma general y sin excepciones a todas éstas. A pesar de ello, se recuerda que la Resolución persigue un importante objetivo, el de lograr la mayor armonización y homogeneidad posibles en la ejecución de los procesos de estabilización; teniendo en cuenta, además, que se trata de procesos “*excepcionales, extraordinarios, ajenos a la forma ordinaria de provisión de vacantes por las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz*”.

Pues bien, la tercera de las orientaciones se refiere sobre los procesos de estabilización del empleo temporal derivados de la disposición adicional sexta de la Ley 20/2012 de 28 de diciembre. A ella se suma lo señalado en la primera orientación, que contiene orientaciones generales aplicables a todos los procesos de estabilización.

## 5. EL DISEÑO DE LOS CONCURSOS

### 5.1. Características del concurso

El sistema selectivo será el concurso de valoración de méritos y consistirá en calificar los méritos alegados y acreditados por las personas aspirantes, siendo de aplicación las orientaciones dictadas para ello.

Se prohíbe expresamente que puedan convocarse convocatorias restringidas, lo que supone que las plazas a cubrir deben ser ofertadas dando cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad derivado de los anteriores (orientaciones estatales). Esto supone que no podrá aprobarse una oferta de empleo público ni convocarse un proceso que restrinja la participación en el mismo únicamente a aquellos que estuvieran o hubieran estado ocupando previamente esas plazas. De la misma manera, no se admitirá ningún otro requisito que suponga una merma de la posibilidad de que otras personas puedan acceder en los mismos procedimientos que se convoquen (orientaciones estatales).

La utilización de este mecanismo se permite con carácter excepcional y por una sola vez.

Los procesos selectivos deben realizarse en convocatorias independientes del resto de procesos de selección de carácter ordinario; los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas deben ser compatibles con los procesos de estabilización (orientaciones andaluzas).

Se prevé, en las orientaciones estatales, la posibilidad de que se informe al personal laboral temporal de que la plaza que ocupan va a ser objeto de convocatoria, de manera fehaciente. De no hacerse así, se debe dar la debida difusión y publicidad a la oferta pública o convocatoria de que se trate. También se impone que en las convocatorias se indique que éstas corresponden al proceso de estabilización previsto en las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley.

## 5.2. Criterios de selección

En todo proceso de estabilización hay una fase de selección, en la que se debe decidir entre todos los participantes quiénes accederán a las plazas ofertadas. En el que analizamos el procedimiento será el concurso de valoración de méritos. Éste consistirá en calificar los méritos alegados y acreditados por las personas aspirantes, de acuerdo con las orientaciones establecidas.

Un elemento fundamental era el peso específico que había que dar a cada uno de los componentes de los méritos de los candidatos, ya que en función de esta decisión se beneficiaba a las personas que ocupaban las plazas (primando el objetivo estabilizador), o la libre concurrencia para cualquier candidato potencial (enfaticando los principios generales de acceso al empleo público). Es un punto en el que los tribunales se han manifestado con frecuencia, pero sin dejar unas pautas cerradas y claras sobre los límites en la preferencia por unos u otros. Las entidades convocantes se encontraban inseguras en este aspecto, y era lógico por tanto que distintas orientaciones disponibles se pronunciaran al respecto.

Las orientaciones estatales señalan que los profesionales no podrán suponer más de un 60% del total de la puntuación máxima, ni los académicos menos de un 40%; las andaluzas señalan que los méritos profesionales supondrán el sesenta por ciento del total de la puntuación y otros méritos el cuarenta por ciento, estableciendo una ponderación más precisa y favorable para la estabilización (ya que los porcentajes son absolutos, no máximos; y se agrupan todos los demás méritos en una única categoría, sin distinguir si son académicos o no).

Respecto de los méritos a valorar, las orientaciones estatales los identifican de manera orientativa, mientras que las andaluzas los limitan a los contemplados en ella. Éstos deberán ser valorados con referencia a la fecha de publicación de la convocatoria.

Tanto las orientaciones estatales como las autonómicas indican que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia previa, pero en las primeras se señala que ésta será la acreditada en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, mientras que en las segundas se valorará la experiencia en un puesto de trabajo en la entidad convocante cuyo contenido funcional se corresponda con el del puesto convocado.

A nivel estatal la experiencia profesional a valorar incluirá (aunque de modo orientativo) los servicios prestados como personal funcionario interino en el cuerpo o escala o como personal laboral temporal en la categoría profesional de la Administración a la que se desea acceder; los servicios prestados como personal funcionario interino en otros cuerpos o escalas o como personal laboral temporal en la categoría profesional adscritos a la Administración convocante; los servicios prestados como personal funcionario interino en cuerpos y escalas o personal laboral temporal en la categoría profesional de otras Administraciones Públicas; y los servicios prestados en el resto del Sector Público.

En los concursos convocados en el sector público instrumental andaluz los únicos méritos profesionales a valorar serán los servicios prestados como personal laboral temporal o declarado indefinido no fijo en puestos de trabajo de la entidad convocante, cuyo contenido funcional se corresponda con el del puesto convocado; y los servicios prestados como personal laboral temporal o declarado indefinido no fijo en puestos de trabajo de administraciones públicas, así como en otras entidades del sector público distinta a la convocante, cuyo contenido funcional sea homólogo al del puesto convocado.

Esta referencia limita considerablemente las posibilidades de acceso de otras personas diferentes a las que ocupan las plazas sacadas a concurso, ya que no se valoran ni la experiencia profesional en el sector privado ni la obtenida en puestos fijos en el público. Esto puede resultar poco compatible con lo recomendado por las orientaciones estatales en cuanto a la prohibición de que los procesos sean restringidos, ya que aunque no supone una imposibilidad real de que personas distintas de quienes vengán ocupando los puestos se presenten a las mismas la realidad es que no se obtendrán puntuación alguna por su experiencia profesional previa; siendo éste el apartado que será mayoritariamente valorado.

En cambio, no impide el problema de que puedan participar con posibilidades de éxito otras personas diferentes a las que ocupan las plazas, siendo ellas también empleadas temporales, para beneficiarse de una movilidad funcional o geográfica.

Las orientaciones estatales delimitan también los méritos académicos u otros méritos, que incluyen la posesión de titulaciones académicas o profesionales oficiales de nivel igual o superior distintas a la requerida para el acceso al cuerpo, escala o categoría correspondiente; los cursos de formación recibidos o impartidos, en el marco del Acuerdo de Formación para el empleo o de los Planes para la Formación Continua del Personal de las Administraciones Públicas orientados al desempeño de funciones en el cuerpo o escala o en la categoría profesional a la que se desea acceder; y haber superado alguno de los ejercicios para el acceso a dicho cuerpo, escala o categoría a la que se desea acceder. Las andaluzas, por su parte, permiten valorar como otros méritos la superación de ejercicios en el acceso a un puesto en la entidad cuyo contenido funcional se corresponda con el del puesto convocado; los cursos de formación que se determinen en la convocatoria, con algunas limitaciones (se excluyen las acciones formativas derivadas de procesos selectivos, ni los diplomas relativos a congresos, jornadas, seminarios, simposios y similares); y la posesión de una única titulación académica oficial de nivel igual o superior e independiente de la exigida para el acceso al puesto convocado.

Una cuestión importante es la relativa a la solución de los posibles empates que pudieran producirse en estos concursos. Las orientaciones estatales se limitaban a indicar que los procesos selectivos establecerán reglas de desempate de acuerdo con lo establecido por la normativa que sea aplicación al ámbito correspondiente. Las andaluzas sí trataban esta cuestión en detalle, disponiendo que en caso de empate en la puntuación final el orden se establezca atendiendo, en primer lugar, al tiempo total de servicios prestados como personal laboral temporal o declarado indefinido no fijo en la entidad convocante en puestos cuyo contenido funcional se corresponda al del puesto convocado y, en segundo lugar, al tiempo total de servicios prestados de esta forma en la entidad convocante, con independencia del puesto. Si tras la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior se mantuviera un empate, se fijaban tres criterios adicionales de desempate: tiempo total de servicios prestados como personal laboral temporal o declarado indefinido no fijo en las administraciones públicas así como en otras entidades del sector público distinta a la convocante, con independencia del puesto; la puntuación obtenida en cada uno de los subapartados del baremo de méritos, en el mismo orden en que se relacionan; en caso de que el empate se produzca entre personas de diferente sexo, se resolverá a favor de la persona aspirante que en el puesto convocado sea de un sexo que se encuentre subrepresentado. Esto último supone una medida de acción afirmativa cuya introducción es de agradecer, pero que tiene una eficacia extraordinariamente limitada.

Se admite que las convocatorias puedan exigir el cumplimiento de otros requisitos específicos, como pruebas psicotécnicas o físicas, que guarden relación directa y objetiva con las funciones y las tareas a desempeñar. En este caso resultarán de aplicación en dichas convocatorias los requisitos generales y específicos de acceso al empleo público del ámbito de que se trate y que vengan establecidos por la normativa básica, autonómica o sectorial en la materia (orientaciones estatales).

### 5.3. Mecanismos para agilizar los procesos

Como se vio al estudiar la Ley 20/2021, la disposición adicional cuarta preveía la adopción de medidas de agilización de los procesos selectivos. De éstas se incluye la cuarta de las orientaciones de la Junta de Andalucía, en la que se afirma que para asegurar el cumplimiento del plazo legalmente establecido para la ejecución de estos procesos selectivos se adoptarán las medidas apropiadas para el desarrollo ágil de los mismos, previéndose a modo de ejemplo tres:

- que los distintos plazos relativos a la tramitación del proceso selectivo se reduzcan en la medida de lo posible
- que las convocatorias establezcan la preferencia de participación de modo telemático en los procesos selectivos
- que las personas aspirantes presenten junto a la solicitud de participación, su autobaremación de méritos y la documentación acreditativa de los mismos de acuerdo con el modelo que se incorporará a las convocatorias, y en su caso cuando corresponda, la acreditación del pago de la tasa de inscripción, o de estar la persona exenta del pago de la misma.

### 5.4. El problema de los turnos específicos

Un problema práctico que se planteó fue el relativo a la necesidad o no de reservar plazas de los concursos para personas con ciertas características, los tradicionales turnos para personas con discapacidad. Hay que tener en cuenta que en una mayoría de las entidades públicas estos cupos no se respetaban, por lo que entre los trabajadores afectados no se encontraba un número de personas con estas características proporcional a lo que los cupos exigirían. Por ello, si se imponía en la convocatoria que un porcentaje de las plazas debían reservarse para estos cupos, la consecuencia sería que se dispondría de menos plazas para estabilizar a los trabajadores temporales, por lo que un porcentaje de éstos no accederían a éstas, perdiéndolas.

La imposibilidad de incrementar el gasto público impedía que se pudieran dotar plazas adicionales para cumplir con este deber legal, por lo que no habría alternativa a esta “pérdida” de puestos disponibles para estabilizar.

En este sentido, las orientaciones de la Secretaría de Estado para la Función Pública afirmaban que *“al tratarse de procesos por concurso como proceso excepcional, por una sola vez, la convocatoria de las plazas se realizará con carácter general para igual valoración de los méritos objetivos fijados en el apartado 3.4.2 para todas las personas aspirantes”*. Esta críptica referencia fue interpretada como una excepción a la obligación general de reservar un cupo para personas discapacitadas, puesto que todos los candidatos serían valorados en términos de igualdad.

Las orientaciones andaluzas no trataban esta cuestión, pero sí lo hacía el Decreto 90/2022, de 31 de mayo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización del empleo temporal en las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz para el año 2022, donde aparece un artículo 3 destinado precisamente a la reserva de plazas para personas con discapacidad. En éste se dispone que del total de plazas que se ofertan, en las convocatorias de los respectivos procesos selectivos se reservará un cupo no inferior al 10 por ciento para ser cubiertas por personas con discapacidad, reservando dentro de dicho cupo un porcentaje específico del 2 por ciento para personas con discapacidad intelectual, y un 1 por ciento para personas con enfermedad mental que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

Se exige que estas personas superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Y se dispone que, en caso de no cubrirse las plazas vacantes reservadas para el turno de discapacidad, se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10 por ciento de las plazas no cubiertas. Las plazas restantes no cubiertas serán acumuladas a las del cupo general en las respectivas convocatorias en las que se produzca dicha circunstancia.

### **5.5. La terminación del proceso**

Las orientaciones estatales se ocupan con cierto detalle de las fases finales del proceso, tratando el orden de prelación para ser ofertadas entre las plazas ocupadas de forma interina o temporal; la elección de plazas entre los aspirantes que superen el proceso; y la toma de posesión de la plaza y cese del personal laboral temporal.

Entre las recomendaciones para agilizar los procesos, en las orientaciones andaluzas se recomendaba que, en su caso, los trámites de oferta de vacantes, presentación de la documentación preceptiva y petición de destinos podrán sustituirse por un acto único mediante comparecencias personales de las personas seleccionadas en el lugar y fecha que se determine por la entidad correspondiente, o si procede, a distancia, a través de medios telemáticos, considerándose como válidos las videoconferencias y las audioconferencias.

Un escenario posible era que algunas de las personas cuyas plazas salían a concurso no accedieran a ésta, lo que obligaría a proceder a su cese. El apartado 6 del artículo 2 de la Ley 20/2011 preveía el pago de una compensación económica para el personal el personal laboral temporal que viera finalizada su relación con la Administración por la no superación de este proceso. Tal compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. Dos requisitos se fijaban para generar este derecho a ser compensado económicamente: que la persona afecta estuviera en activo como personal laboral; y que hubiera participado en el proceso selectivo de estabilización, perdiendo todo dará derecho a compensación económica en el caso de no haber participado en éste.

## **6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS**

Para los de mi generación una película mítica es “Gremlins” de Joe Dante (1984). Pues bien, siempre he tenido la impresión de que a los procesos de consolidación le

ocurre como a estos seres fantásticos. Éstos, según las estrictas reglas de cuidados que se les imponía a sus propietarios, sólo podían comer una vez (lo que resultaba contradictorio con la otra instrucción de que debían comer antes de medianoche). Pues bien, los tribunales exigen para la validez de estos procesos que sean excepcionales, lo que supone que sólo pueden producirse una vez. Se admiten, como excepción a las reglas sobre acceso al empleo público, como *última ratio*, como solución necesaria a una situación crítica que ha devenido insostenible. No son en modo alguno un instrumento ordinario para gestionar este acceso.

El comportamiento de la administración denota un cierto trastorno alimentario, ingiriendo un volumen de empleo mayor del que es capaz de digerir con sus sistemas ordinarios. Cada cierto tiempo se generan “bolsas”, acumulaciones de personas en situaciones irregulares que mantienen durante años, y cuyos intereses hay que proteger. Esta defensa exige afianzar a unas personas en unas plazas sin ocuparlas de manera regular, en contradicción con otras reglas que así lo exigen, como garantía tanto de la calidad del servicio público, como de la objetividad de la administración y de las posibilidades de la ciudadanía de acceder al empleo público. Confluyen dos regulaciones en conflicto, la del empleo público y la laboral, cada una de las cuales prioriza un objetivo diferente; sólo que en estos momentos la dimensión laboral tiene ventaja en esta guerra cultural, al apoyarse en normas de Derecho unioneuropeo que faltan en la normativa del empleo público.

Como ocurre siempre que se intenta aplicar a la vez principios contradictorios nos movemos en un marco de alto riesgo, con inseguridad y potenciales violaciones de derechos. Y lo que en un momento dado pudo ser una solución acaba convirtiéndose con el tiempo en un problema. Así pasó con la figura del trabajador indefinido no fijo del sector público, hoy sometida a revisión. Y está sucediendo también con los procesos de consolidación, cuyo uso recurrente para resolver un problema que en realidad es estructural puede ayudar a superar situaciones coyunturales de excesiva temporalidad, pero a costa de generar inseguridad, desequilibrios y vulneraciones de derechos. En última instancia, se está renunciando a su voluntad de garantizar el acceso libre en igualdad de condiciones, y a su propia excepcionalidad.

La disposición transitoria primera de la Ley 20/2021 resulta en este sentido llamativa, ya que se refiere expresamente los procesos de estabilización de empleo temporal ya convocados, que son los previstos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018. La validez real del requisito de que la consolidación se haga “por una sola vez” queda así puesta de manifiesto.

La “convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración” es un ejemplo de los problemas generados por esta solución legislativa, con un carácter extremo, tanto en cuanto a los destinatarios/beneficiarios, como al mecanismo de implantación. Las dificultades para su implantación en la práctica han sido importantes, por la inseguridad en la que se movían las entidades afectadas.

Quizás esta medida sirva para eliminar esa bolsa de “interinidades de larga duración” identificadas por los jueces como un colectivo cualitativamente diferenciado. Es dudoso, sin embargo, que vaya a evitar que éstas vuelvan a aparecer en nuestro sector público, toda vez que las causas que la generaron en su momento siguen existiendo ahora, con la única excepción de las limitaciones a la tasa de reposición.

La recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, contiene no uno sino dos procesos de consolidación: en su disposición

transitoria séptima se establece un proceso de estabilización de plazas de Profesoras y Profesores Asociadas/os de las universidades públicas; mientras que en la transitoria novena se prevé un proceso de estabilización de las plazas del personal técnico, de gestión y de administración y servicios de las universidades públicas. Son, es claro, autorizaciones extraordinarias y excepcionales, por una sola vez. Aunque la verdad es que se suman a las previstas en legislaciones universitarias anteriores, cada una de las cuales tuvo que vaciar una bolsa: la de los profesores no numerarios, la de los asociados a tiempo completo... Mucho nos tememos que los procesos de consolidación van a seguir entre nosotros, con una naturaleza no sólo anfibológica sino también farisaica, amparándose en una excepcionalidad que nadie se cree.





**EL (CIBER) ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO: BALANCE Y  
PERSPECTIVAS A LA LUZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL  
CONVENIO 190 OIT**

CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Universidad de Jaén

*Dirección académica del Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales de la  
Junta de Andalucía. IAPRL*

*“Canta el río Guadalquivir/en la noche y en la madrugada/  
cuando la luna sale/cuando la luna se va”  
Luisa Valera. El río Guadalquivir. Poemario Versos entre olivos*

SUMARIO:

1. INTROITO: NUMEROSAS NOVEDADES LEGALES PARA UN VIEJO E IRRESUELTO PROBLEMA, ENTRE DINAMISMO EVOLUTIVO Y “MARAÑA NORMATIVA”
2. RELATIVA SUPERACIÓN DEL PRIMER OBSTÁCULOS A LA TUTELA JUDICIAL: UNA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE ACOSO, RESISTENCIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA
3. OTRA BARRERA ARRUMBADA: EL FIN DEL “PERGRINAR” DE LA TUTELA JUDICIAL FRENTE AL ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO DESDE EL ORDEN CONTECIOSO AL SOCIAL
4. CONFLICTIVIDAD V. ACOSO: DIFICULTADES PARA PROTEGER DE FORMA EFECTIVA FRENTE A LOS CONFLICTOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO PUBLICO NO CONSTITUTIVOS DE ACOSO
5. EL CIBER ACOSO, SOBRE TODO POR RAZON DE SEXO-GÉNERO, EN EL EMPLEO PÚBLICO EMERGE EN LOS TRIBUNALES
6. EL ACOSO-REPRESALIA: EL DERECHO-DEBER DE DENUNCIAR IRREGULARIDADES GRAVES COMO NUEVO FACTOR DE RIESGO DE ACOSO EN EL TRABAJO PÚBLICO
7. REFLEXIÓN FINAL
8. BIBLIOGRAFIA

## 1. INTROITO: NUMEROSAS NOVEDADES LEGALES PARA UN VIEJO E IRRESUELTO PROBLEMA, ENTRE DINAMISMO EVOLUTIVO Y “MARAÑA NORMATIVA”

Cuando, allá por el mes de noviembre del año pasado, la profesora Carmen Sáez Lara tuvo la amabilidad de invitarme a participar en este *“Libro Amicorum”*, aportando un estudio jurídico para homenajear la trayectoria profesional de mi querido colega y amigo Pedro Gómez Caballero, con motivo de ese tiempo tan ambivalente para todo profesional, como es la jubilación, inmediatamente fijé mi atención en uno de los temas que figuraban al inicio de la -bien pensada- lista prevista: *“acoso laboral”*. Además del empleo público, el afanoso profesor Pedro Gómez Caballero, al que no exagero nada si se le aplica, junto a su honrosa trayectoria académica, esos dos versos insignes del magistral poeta, D. Antonio Machado (*“y más que un hombre al uso que sabe su doctrina, soy, en el buen sentido de la palabra, bueno”*), dedicó una parte significativa de su indudable talento en el ámbito jurídico-laboral al estudio de la seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, con gran coherencia en el desarrollo de todas las funciones propias del profesorado, sumó, a la docencia y la investigación, la misión gestora en el seno de la institución a la que dedicó buena parte de su vida: La Universidad (en este caso, de Córdoba). En esa dirección, más de un cargo fue desempeñado con honestidad y eficacia por el profesor y catedrático Dr. Pedro Gómez Caballero, como es bien conocido y se ha expresado en la semblanza que precede esta obra y, por tanto, no me corresponde a mí realizar, sí corroborar.

Esta breve remembranza viene a cuento de situar un tema como el “acoso laboral” en la interacción de estos tres campos de cultivo que entretuvieron y apasionaron el quehacer diario de Pedro Gómez Caballero. El “acoso laboral” es un problema grave de gestión en el empleo público en general, y universitario en particular (Jara, July, 2018). No solo concierne a derechos fundamentales (supone una máxima vulneración de la dignidad humana), sino que es una preocupante fuente de desorganización e ineficiencia pública (pervierte la función y servicios públicos afectados), desnudando su pobreza comunicativa, con altos costes tanto para la sociedad como para la salud de las personas trabajadoras víctimas de tan execrable comportamiento (hace añicos el concepto de bienestar como equilibrio entre la faceta física, la psíquica y la social de las personas empleadas públicas).

De ello es consciente, al menos normativamente, el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP). Su art. 95, al delimitar las infracciones o faltas disciplinarias más graves que perturban el buen orden de convivencia y desempeño del trabajo público (la versión en positivo, como derecho básico a proteger, se encuentra en el art. 14 EBEP: derecho a una protección eficaz de su entorno de empleo seguro y saludable, libre de cualquier modalidad de acoso –interacción letras h y l–), incluye de forma expresa la conductas de “acoso discriminatorio” genérico (“acoso por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, expresión de género, características sexuales”), el “acoso moral” y el “acoso sexual” [letra b)]. Más aún. No satisfecho con estas referencias, aún incluirá otra, para intensificar su disvalor o juicio de reproche, aunque con ello aumente la confusión: el “acoso laboral” [letra o)].

Claramente establecida y aceptada ya (no siempre fue así, pues hubo quien creyó ver en el acoso moral una forma de discriminación) la diferencia entre “acoso moral laboral” y “acoso discriminatorio laboral”, nunca se pudo saber qué tenía en mente la ley del empleo público para hacer esa llamativa distinción ni ha habido sentencia posterior, ni del orden contencioso, ni social, que lo precisara. Ninguna aportación relevante a tal fin se

puede extraer de la vieja y fallida distinción doctrinal que situaba la diferencia en e bien jurídico protegido, el acoso laboral no afectaría a derechos fundamentales, el acoso moral laboral sí. Una distinción carente de solvencia, ni dogmática, ni normativa, ni práctica, en la medida en que toda conducta de acoso implicará siempre vulneración de la dignidad y de la integridad personal (Correa Carrasco, M., 2019, b), sin perjuicio de la posibilidad de identificar otras vulneraciones, dada su “poli- ofensividad”.

Ha pasado una década y media desde esa enigmática tipificación estatutaria pública dual (no está en la norma estatutaria laboral, que solo conoce nominativamente el acoso discriminatorio, no el acoso moral laboral –art. 4.2 e) ET–, o el “acoso” a secas, en la ley procesal laboral –art. 177.4 LRJS–). En estos años, aunque más lentamente de lo esperado, se han aprobado un significativo número de leyes de empleo público (y/o función pública) autonómicas. Asimismo, está en tramitación el proyecto de ley de función pública estatal. Razones que alimentaban, en este homenaje a la figura académica y profesional de Pedro Gómez Caballero, una buena oportunidad para hacer un análisis que aportara un balance aplicativo y propección de futuro del estado del arte legal e interpretativo del “acoso (laboral) en el empleo público” y las opciones evolutivas en tiempos inmediatos.

En aquél entonces, cuando recibí la invitación cursada por la profesora Carmen Sáez, que inmediatamente acepté, por supuesto, sintiéndome honrado por rendir homenaje a tan querido y admirado amigo y colega, pensaba en dos tipos de datos jurídicos innovadores. Uno, de (ilusionante) alcance normativo, otro jurisprudencial, más bien propiamente de (decepcionante) estadística jurisprudencial. En el ámbito normativo, pensaba, a su vez, con una expectativa positiva, en el renovador y garantista impacto que debería, o podría, tener dos importantes innovaciones normativas en el “sistema multinivel de protección” frente al acoso en el trabajo, privado y público:

- a) entrada en vigor, el 25 de mayo de 2023 del *Convenio 190 de la OIT* (prevención y erradicación de la violencia y el acoso en el trabajo), de un lado
- b) inclusión, como derecho humano fundamental de la garantía de un entorno seguro y saludable, según la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998)*, en su versión enmendada en 2022, de otro.

En el plano de la experiencia práctica de la tutela judicial en el empleo público, con expectativa menos halagüeña, pretendía traer a colación los estudios estadísticos que ponen de relieve el persistente notable fracaso de aquélla, ante el alto porcentaje de las desestimaciones de demandas (casi 7 de cada 10). Volveremos sobre esta cuestión con algo más de detalle, también estadístico, no solo cualitativo, más abajo, por su particular importancia para conducir un análisis realista del ordenamiento jurídico, sin duda exigible en todo tratamiento jurídico, pero especialmente en esta cuestión. Y ello, entre otras causas, por el fuerte contraste existente entre la representación normativa (el acoso en el trabajo público se opone de raíz a los principios de funcionamiento de la organización administrativa, por lo que la protección frente a tales conductas se consagran al máximo normativo) y lo que sucede en la realidad (es de lamentar que las conductas de acoso en el trabajo están muy extendidas en el seno de las AAPP, existiendo una notable debilidad práctica en su protección, lo que genera enormes frustraciones en el personal, que desisten de iniciativas judiciales, rindiéndose antes de dar inicio al pleito, desconfiando altamente de la “justicia interna” a través de los protocolos -formalmente muy extendidos-).

Ahora bien, seguro que ni la profesora Carmen Sáez Lara ni yo albergábamos en aquel momento una imagen precisa del aluvión legislativo que se desencadenaría, apenas

unos meses después, en el Derecho interno y que hace referencia, de un modo u otro, a la gestión integral del acoso laboral, sea en el empleo privado, sea en el público, a propósito de los nuevos desarrollos desde el Derecho antidiscriminatorio. Cierto, algunos indicios nos permitirían intuir un proceso de renovación dinámica en la materia, insisto, sobre todo en el ámbito de la protección frente al acoso discriminatorio, en virtud de la Ley 15/2022, de 15 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (art. 6.4). Impulso renovador intensificado con el art. 13 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS). En este último caso, además de ponerse el acento en la violencia sexual, también moral, se hace una llamada específica al entorno digital, dejando emerger, así, también la figura del ciberacoso discriminatorio, sexual y moral en el empleo público (Molina Navarrete, C., 2019), civil y militar (donde se conocen algunos pronunciamientos, incluso del TS).

Por cierto, que, en esta nueva dimensión de la violencia y el acoso en el empleo público, vinculada de forma específica a la irrupción tecnológica en este entorno de trabajo, una mención especial a la violencia y el acoso a través de los canales digitales ya tuvo lugar en el art. 4.4 de la ley 10/2021, de 9 de julio. Precepto en el que se llamaba la atención sobre la necesidad de atender de forma particular a la violencia y el acoso en los entornos del trabajo a distancia y, sobre todo, del teletrabajo domiciliario. Una referencia que entendemos relevante, en la medida en que el, de momento fallido, pese a haberse ya pactado con los sindicatos, proyecto de regulación reglamentaria sobre teletrabajo en el empleo público estatal, contempla una previsión específica para los riesgos psicosociales derivados de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Si bien es cierto que refiere expresamente solo al tecnoestrés (art. 11.1), también ha de tenerse en cuenta que, entre aquellos “riesgos a los que está expuesta la persona que presta servicios por teletrabajo” están la violencia y el ciberacoso, exigiéndose información adecuada “para poder prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso” (art. 11.3 Proyecto de RD).

Pero el dinamismo regulador en esta materia no iba a quedar frenado aquí. Ya este año, la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas informantes (ni alertadoras, ni denunciantes) sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, también contiene significativas referencias, algunas confusas, a esta cuestión de la protección frente al acoso en el trabajo, desde luego incluyendo los entornos de empleo público (el ámbito subjetivo de la ley es público y privado, pero con especial intensidad en el público). Así sucede en relación con la inclusión en su ámbito material de las infracciones penales y administrativas graves y muy graves del Derecho español, donde por supuesto se incluye el acoso (en todas sus modalidades), con los límites -y las dudas- del art. 35.2 (Saez Lara, Carmen, 2023), y con la protección de la persona informante frente a todo tipo de represalia, incluida el acoso [art. 36.3 b)]. Finalmente, de momento, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, crea la obligación de adoptar medidas para la igualdad de trato y no discriminación en el entorno laboral de las personas LGTBI. ¿Incluye protocolos de acoso discriminatorio por esta condición [art. 3 b)?]. Para la persona empleadora privada sí lo explicita, entiendo que también para la pública sujeta a Derecho Laboral, no para el sector público-administrativo, evidenciando otra deficiencia (además de descoordinación y confusión) normativas.

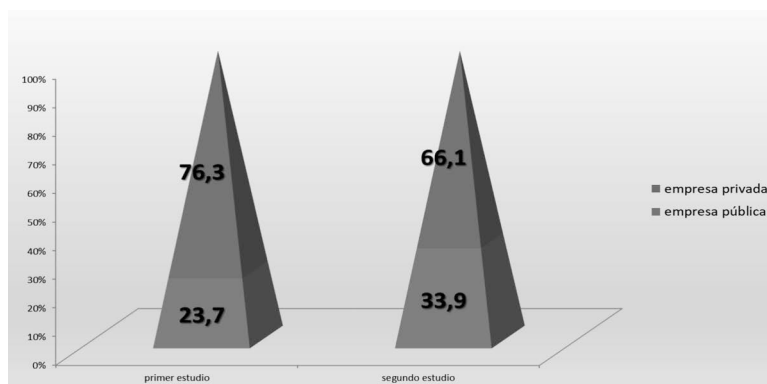
Por supuesto, no es posible, ni necesario, realizar aquí un estudio detenido de toda esta (nueva) maraña legislativa. Como hemos visto, la mayoría de estas nuevas leyes están pensadas para reforzar la protección frente a las diversas formas de acoso discriminatorio,

también en el trabajo público. Sin embargo, paradójicamente, son las que más desarrollo legal han tenido, en el ámbito privado y en el público, e incluso han proliferado las vías de tutela a través de protocolos específicos en la materia. En cambio, el acoso moral en el trabajo público, al igual que en el empleo privado, ha quedado un tanto relegado de la acción legislativa, lo que, sin duda, deberá cambiar con la entrada en vigor del Convenio 190 OIT. Por eso, nos centraremos especialmente en esta modalidad de acoso laboral que, además, es la más extendida, en la práctica y en estrados judiciales.

## 2. RELATIVA SUPERACIÓN DEL PRIMER OBSTÁCULO A LA TUTELA JUDICIAL: UNA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE ACOSO, RESISTENCIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA

La tutela frente al acoso en el empleo público (en cualquiera de sus modalidades, pero en especial en la del acoso moral laboral, porque es la prevalente en la práctica) mantiene notables paradojas, cuando no significativas contradicciones. La primera y muy llamativa se concreta en el contraste que se viene produciendo, desde el inicio, entre la prevalencia del acoso en el empleo público, superior al empleo privado, según los estudios más solventes en la materia, y el notable menor volumen de demandas judiciales en el seno del sector público (administrativo y empresarial). Aunque en los últimos años ha tenido un cierto incremento, al que no es ajeno, como veremos con detalle, la consolidación de la competencia del orden social frente a al contenciosa en la tutela preventiva y reparadora frente al acoso sufrido por el personal de empleo público administrativo (funcionario y estatutario), la diferencia sigue siendo notable, en detrimento de la acción en justicia por parte de las personas empleadas públicas. En efecto, si en el periodo 2017-2020, se situó en el entorno del 24%, con la suma de demandas en el orden social y en el contencioso-administrativo, respecto del empleo privado, 76% (Observatorio vasco sobre el acoso y discriminación, 2021, p. 19), en los últimos dos años, habría crecido casi 10 puntos la acción judicial en el sector del empleo público-administrativo, situándose en torno al 34% (Gráfico 1).

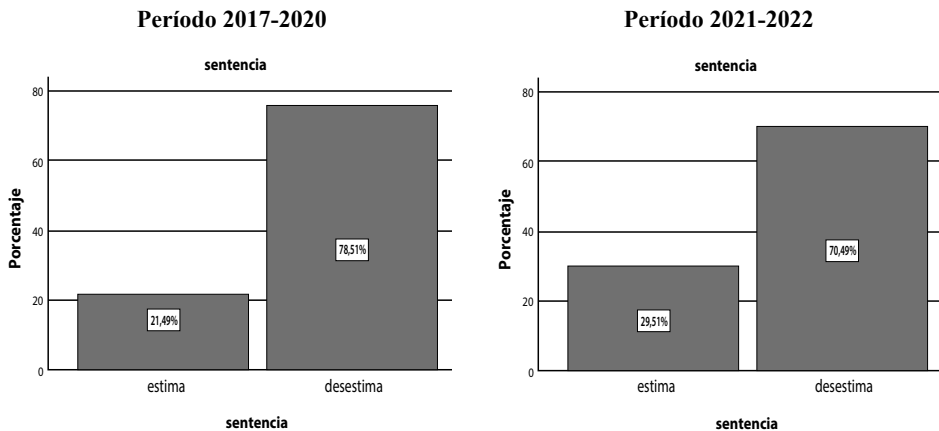
**Gráfico 1:** porcentaje de demandas por acoso en el trabajo en la empresa privada y en el sector público (administrativo)



Fuente: Observatorio vasco sobre acoso y discriminación, 2021, y 2023.

La segunda gran paradoja, que implica una quiebra en la efectividad de la tutela judicial (Ferrajoli, L., 2004), es el contraste entre representación normativa y eficacia de las garantías jurídicas para la efectividad de los derechos fundamentales en juego de las personas trabajadoras víctimas de acoso moral-laboral en el empleo público, por el muy alto porcentaje de desestimaciones en las demandas, lo que hace fallida la protección en sede judicial, al menos en la gran mayoría de las ocasiones. En efecto, más incluso que en el ámbito privado, aunque aquí las diferencias son reducidas, la posibilidad de éxito de una demanda por acoso laboral a una persona funcionaria (o estatutaria) es apenas de un 30 % (esto es, apenas 3 de cada 10: 29, 51 por ciento) (Gráfico 2). No mejora, más bien al contrario, empeora, la ratio condena/archivos y/o absoluciones en lo penal.

**Gráfico 2.** Porcentaje de estimaciones/desestimaciones de demandas judiciales por acoso moral en el trabajo



Una de las razones que explicarían, nunca justificarían este escaso éxito residiría en el estricto concepto jurisdiccional de acoso moral en el trabajo. Ante la falta de una delimitación legislativa precisa del mismo, a diferencia con lo que sucede respecto de las modalidades de acoso (moral) discriminatorio en los entornos de trabajo, públicos y privados que sean, la jurisdicción, tanto social como contenciosa, decidieron quedarse ancladas en un concepto muy restrictivo, fuertemente condicionado por la psicología y su práctica clínica, ciencias y prácticas identificadoras originariamente de esta conducta. Así se reflejó en la vieja, y caduca, Nota Técnica Preventiva 476/1998 del INHT, sobre el concepto de acoso en el trabajo, de modo que, pese a que fue superada por otra mucho más actualizada (Nota Técnica Preventiva del INSST 854/2009), la jurisdicción, social y contenciosa, nunca se desprendieron de aquella vieja formulación del acoso como una forma muy grave de violencia sistemática e intencionalmente dirigida a provocar un grave daño emocional en la persona o personas víctimas, a fin de destruirla, personal y profesionalmente. Precisamente, será en el ámbito de los conceptos de violencia y de (ciber)acoso en el trabajo, también público, donde más impacte el Convenio 190 OIT.

No será ocioso recordar la definición de esta norma internacional. A saber:

- a) de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera

repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género»

- b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa «la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual»

Como puede verse, el concepto social universal (que llama a una definición expresa por la ley nacional, sea de forma unitaria sea de forma separada para la violencia y el acoso; art. 1.2 en relación con su art. 7) se desprende de todo elemento intencional, así como de la exigencia de un daño concreto, bastando con que la conducta resulte, en sí, objetivamente adecuada para producirlo, dejando fuera, por supuesto, toda finalidad de eliminación de redes relacionales de la persona en el trabajo, persecución emocional y otras exigencias que psicologizaban en exceso el concepto jurisdiccional. Una nítida recepción de este concepto jurídico normativa y operativamente depurado lo hallamos en recientes decisiones jurisdiccionales, como la reciente, y muy interesante, aunque no por ello menos criticable, STSJ Extremadura 92/2023, 15 de febrero. Aunque dictada en el ámbito del empleo público empresarial (Correos y Telégrafos), tiene la virtud de ser un compendio magnífico del análisis conceptual<sup>1</sup> y tipológico, también normativo, del acoso moral en el trabajo, en el contexto de la regulación del conjunto de los riesgos de origen psicosocial en los entornos de trabajo (públicos y privados), asumiendo de forma clara la evolución en la materia. En cambio, tiene el inconveniente, como veremos más abajo, de mantener una posición rígida en torno al alcance de la obligación preventiva de riesgos psicosociales que no se consideren propiamente como acoso laboral, pese a crear un ambiente tenso, con una conflictividad interpersonal recurrente y provocar un daño a la salud psicosocial de la persona empleada pública (en el caso laboral).

Sin duda, junto a los continuos desarrollos legales en la materia relativos al acoso laboral discriminatorio, en esta modernización conceptual jurisdiccional tuvo que ver mucho, al menos en el plano del discurso -en la práctica ya es otra cosa-, la evolución que supuso la STC 56/2019, 6 de mayo (Correa Carrasco, 2019 a). Una sentencia que, como es bien sabido, supuso arrumbar el concepto restrictivo del orden contencioso en materia de acoso moral laboral, heredado, a su vez, de la concepción psicologizada del orden social. Conviene, sin embargo, no engañarse. De nuevo, el auxilio de la prueba estadística nos sirve para fijar con más precisión la real situación, más decepcionante y criticable.

En efecto, el análisis de una amplísima muestra de sentencias de todos los órdenes, en especial social y contencioso, relativas en ambos casos al ámbito del empleo público, también del empleo privado, nos confirma que ni esta sentencia constitucional es demasiado invocada hasta el año 2022, ni, cuando lo es, tiene significativas implicaciones en el devenir del pleito, que sigue resolviéndose conforme a conceptos y pautas pasadas. El Gráfico 3 así lo evidencia, pues deja claro el escaso porcentaje de sentencias que hacen del concepto constitucional, e incluso internacional, su principal referencia, no solo en el plano nominal, sino operativo (7 de cada 10 no invoca la STC 56/2019). Un ejemplo

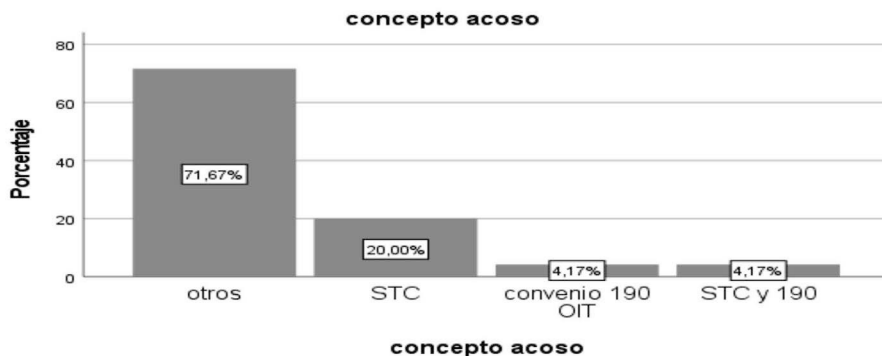
---

<sup>1</sup> Conforme a su FJ Cuarto, precisa, con gran corrección jurídica que: “El acoso laboral es una forma de agresión sistemática o reiterada de una o varias personas contra otra u otras en el contexto laboral, integrada por acciones u omisiones que persigan el efecto o produzcan el resultado de atentar contra la dignidad del trabajador o de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”



de estas resistencias, para el mismo ámbito de empleo público, lo hallaremos en la STSJ Madrid 147/2023, 17 de febrero (sociedad estatal de correos y telégrafos, S.A.)

**Gráfico 3.** Porcentaje de conceptos de acoso en el trabajo utilizados por los Tribunales



Fuente: Observatorio vasco sobre acoso y discriminación, 2021, 2023.

### **3. OTRA BARRERA ARRUMBADA: EL FIN DEL “PERGRINAR” DE LA TUTELA JUDICIAL FRENTE AL ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO DESDE EL ORDEN CONTECIOSO AL SOCIAL**

#### **3.1 La clarificación de la competencia del orden social mejora del acceso a la tutela judicial efectiva frente al acoso en el empleo público**

Pero, sin margen alguno a la duda, una de las razones institucionales más poderosas para explicar tanto el porcentaje mayor de fracaso de la acción judicial frente al acoso en el trabajo público como, consecuentemente, el menor volumen de demandas judiciales del personal de empleo público-administrativo (funcionario y estatutario), era la fuerte presencia del orden contencioso-administrativo en este ámbito de tutela, incluso después del radical cambio competencial operado por el art. 2 e) de la LRJS. El orden contencioso nunca se ha sentido cómodo con esta cuestión, pese a que la Sala 3ª del TS fue la primera en dictar una condena por acoso moral (“mobbing”) en el empleo público (municipal). Sin embargo, de nuevo paradójicamente, con el tiempo, se volvió mucho más recelosa ante estas denuncias, en aumento, primando la normalización del conflicto en el seno de una organización el trabajo, la pública, ordenada bajo los principios de autoorganización (potestad administrativa a obedecer) y jerarquía (relaciones de sujeción especial), donde la gestión preventiva, fuera de lo puramente protocolario, brilla por su ausencia.

Un tipo de gestión protocolaria más asociada a la tradicional potestad disciplinaria que al ejercicio de actividades de garantía de la seguridad y salud en el trabajo, regidos por principios y reglas bien diferentes, siendo exigible especial rigor en el ejercicio de la potestad punitiva, aún en forma disciplinaria. Un interesante análisis de la distinción, con notables ventajas prácticas, podemos hallarlo en la STSJPV 120/2019, 15 de enero, como es lógico, en el ámbito del empleo público (en este caso vasco).

También la Sala IV tuvo sus dudas en torno al alcance de ese precepto innovador en materia competencial, que convertía al orden social en el garante integral de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, tanto en el ámbito preventivo como reparador, para el empleo privado y para el empleo público, laboral y administrativo. De ahí que llegara la cuestión a la Sala de conflictos de jurisdicción, resolviéndose finalmente la cuestión a favor del orden social, existiendo hoy en día un estado interpretativo y operativo pacíficos de la cuestión. Sin duda, la pandemia y (y en relación a las competencias sobre protección de seguridad y salud en el trabajo sanitario, repartidas entre el contencioso y el social, a resultas de donde decidía cada sindicato impugnante presentar la demanda, declarándose los dos órdenes competentes) ha tenido mucho que ver en el resultado de pacificación referido, porque ha hecho comprender a la Sala IV que no es posible fijar una frontera tan clara, y con efectos tan excluyentes, entre la invocación de derechos fundamentales por el personal funcional, a través de su procedimiento especial (competencia excluida del orden social según los arts. 2 f) –a sensu contrario– y 3 c) LRJS) y la pretensión de cumplimiento de las normas de tutela de la seguridad y salud en los entornos de trabajo.

Por situarnos en la más reciente actualidad bastará con recordar la STS, 4ª, 450/2022, de 18 de mayo, que revocó la doctrina de suplicación vasca, según la cual consideraba contenciosa la competencia cuando el personal de empleo público estatutario invocaba el derecho fundamental del art. 15 CE, aunque también mezclara la pretensión vinculada al incumplimiento de prevención de riesgos laborales. En su apoyo invocaba la -discutida y discutible- STS, 4ª, 544/2018, 17 de mayo. Obligada a hacer algunos alardes y “encajes de bolillos”, para evitar reconocer que aquella sentencia no fue nada afortunada, lo cierto es que la Sala IV afirmará con rotundidad su competencia para conocer de los asuntos de acoso laboral invocados por el personal funcional o estatutario, siempre que se invoque el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales, limitando, eso sí, su pronunciamiento al objeto de cognición según la modalidad de demanda interpuesta, más limitado si es un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales ex arts. 179 y ss. LRJS o más amplio si es un proceso ordinario, individual o colectivo. La clave residirá en que se invoquen normas preventivas, por separado, como será usual, junto con los arts. 15 y 43 CE.

Esta doctrina ha obligado a rectificar a las salas de suplicación que mantenían posiciones distintas. Es el caso de la STSJPV 1660/2022, 28 de julio, si bien, dicho sea de paso, sorprende que remite como precedente para delimitar el concepto de acoso en el trabajo a la vieja STSJ PV de 16 de mayo de 2006, Rec. 276/2006. Confirma las referidas resistencias a la evolución del concepto jurisprudencial de acoso moral en el trabajo.

### **3.2. Persistentes resistencias a la comprensión del acoso en el empleo público como un riesgo específico: exclusión de su calificación en acto de servicio**

Conviene recordar que la competencia social no lo es solo para la tutela preventiva, sino también para la reparadora (Moreno Pérez, J.M., 2022). Justamente, la referida STS 450/2022 reclama también el precedente del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019, que declara la competencia de la jurisdicción social en una demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE, en la que alegaba que su incapacidad laboral transitoria procedió de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que tuvo su origen en una situación de acoso. Invocaba a tal fin la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales, que determinó la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito sectorial.

De este modo, se pondrían fin a la necesidad de acudir al “calvario” del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para pedir la reparación de los daños derivados de conductas de acoso contra el personal de empleo público (arts. 91 y 92 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 32 a 35 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo). No es baladí esta cuestión. Una de las manifestaciones más ilustrativas de la persistente profunda incomprensión del orden contencioso sobre lo que significa el acoso en el empleo público, que genera una extraordinaria perplejidad jurídica, es la posición contumaz de la sala contenciosa de la Audiencia Nacional, según la cual, invariablemente, sigue:

“declarando de modo unánime que, por regla general, la conflictividad laboral y, en especial, una de sus manifestaciones más reprobables, como es el acoso laboral, no entran en la calificación de «acto de servicio», a los efectos que aquí interesan, siendo diferentes los planos en los que se sitúa la apreciación médica y la jurídica de la relación causal. La aparición de acontecimientos ambientales estresantes como...una situación de tensión laboral...desencadenantes de un trastorno psíquico dependen de la propensión individual o predisposición o fragilidad emocional de los individuos a padecerlo (...).Y es que el criterio exigido por la norma legal para la calificación de la incapacidad como generada en acto de servicio requiere una relación de causalidad directa e inmediata entre el servicio y la lesión o enfermedad incapacitante, lo que significa la ruptura del nexo causal cuando en la producción de la lesión o de la enfermedad invalidante intervengan circunstancias subjetivas del lesionado o enfermo, que de modo claro y concluyente determinen su producción” (SAN, contencioso-administrativa, 1 de marzo de 2023, rec. 124/2022)<sup>2</sup>.

El contraste es radical, con la conceptualización del acoso en el orden social, donde sí se califica de profesional (ej. STSJVP 1172/2022, 7 de junio), sino también en el orden penal, donde no se descarta la existencia de delito de acoso por la mayor o menor vulnerabilidad subjetiva de la persona víctima (STS, 2<sup>a</sup>, 426/2021, 19 de mayo). Para la Sala contenciosa de la AN, siendo imposible asociar el acoso como una conducta inherente al servicio, pues tendría una causa externa, ambiental, impropia del despliegue de la actividad de servicio público bajo sus principios, así como subjetiva (vulnerabilidad de la persona) no habría posibilidad de calificar sus efectos dañosos a la salud como de servicio (con la consiguiente notable mejora de la protección prestacional):

“sin perjuicio de la existencia en el ordenamiento de vías de reparación, en su caso, de los daños que puedan haberse causado por actuaciones antijurídicas” (SAN, 7 de febrero de 2018 -recurso de apelación 109/2017-).

Vías que, por lo tanto, ahora estarían en el orden social, no contencioso, al igual que es el orden social –recuérdese– el competente para la calificación de este tipo de situaciones cuando no se trata de régimen de clases pasivas, sino del RGSS, que es el hoy generalizado para el empleo público, también administrativo, no solo laboral, siendo el de clases pasivas “a extinguir”. Una calificación que le corresponde incluso cuando pueda derivar en situaciones especialmente trágicas, como el suicidio de la persona trabajadora sometida a un proceso de presión de estrés, se vincule o no a acoso moral (ej. STSJ

---

<sup>2</sup> Dictada en el marco de un procedimiento abreviado instado por un Guardia Civil, que interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 22 de diciembre de 2021, de la Subsecretaría de Defensa, por delegación de la ministra de Defensa, que acordaba “declarar la inutilidad para el servicio, ajena a acto de servicio, del Guardia Civil recurrente”. El origen de la situación estaba -médicamente probado- en un trastorno adaptativo mixto, ansioso-depresivo, secundario a una situación de acoso de un superior en su ámbito laboral

Castilla-La Mancha, 161/2023, 6 de febrero, para el personal laboral del Ayuntamiento de Albacete, calificando la autolisis como accidente de trabajo, aunque no se derive de una situación de acoso, sino de una conflictividad laboral en el entorno municipal).

No podemos entrar aquí en tan lamentable, como interesante, doctrina, que merecería una rectificación profunda por parte del TS. Precisamente, la STS, 3ª, 912/2021, de 24 de junio (confirmada por otras posteriores, como la STS, 3ª, 16 de marzo de 2022, rec. 3158/2020), realiza una relectura más garantista y realista, evolutiva, del artículo 47.2 del TRLCP, si bien en relación con el concepto de accidente de trabajo in itinere, concepto de orden social que proyecta ahora en el contencioso-administrativo. Sin embargo, la Audiencia Nacional descarta SU aplicación a patologías psíquicas derivadas de estados o procesos de acoso en el trabajo público<sup>3</sup>, porque: “solo entran en el concepto jurídico de «acto de servicio» el accidente o enfermedad consecuencia del ejercicio de las actividades propias del servicio desempeñado, no las patologías psíquicas que puedan derivarse de un factor estresante laboral, como es el caso. (...)”.

El contraste no puede ser mayor con la actual concepción del derecho a la salud de las personas trabajadoras, cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo de empleo, como garantía de protección no solo de las condiciones de trabajo, sino de su entorno. Para la AN, si no se trata de un “riesgo específico del cargo”, sino de su “entorno o por el mero desempeño”, quedaría fuera de la calificación como accidente en acto de servicio, lo que resulta, además de absurdo jurídicamente, patético desde un punto de vista de la realidad que se supone debe alentar toda interpretación jurídica (art. 3 CC). Dificilmente puede hallarse una doctrina más absurda y fuera de toda conciencia de la realidad del acoso, en especial a tenor de la dimensión ambiental del derecho a la protección de la salud que deriva de la Declaración de la OIT enmendada el año 2022.

#### **4. CONFLICTIVIDAD V. ACOSO: DIFICULTADES PARA PROTEGER DE FORMA EFECTIVA FRENTE A LOS CONFLICTOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO PÚBLICO NO CONSTITUTIVOS DE ACOSO**

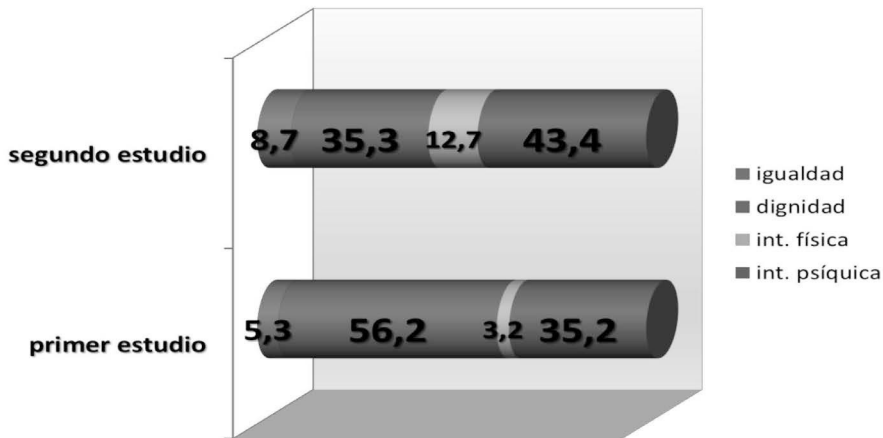
Como hemos comprobado a la luz de las reflexiones previas, la mayor evolución, y la más notable, de la cuestión relativa a la protección judicial frente al acoso en los lugares o entornos de trabajo público es la consolidación del enfoque de tutela preventiva frente al acoso laboral como riesgo psicosocial en los entornos de trabajo que es. No se trataría solo de una necesaria estrategia procesal, que abre la vía jurisdiccional social dejando ya fuera la contenciosa, menos comprensiva que aquella con el problema del acoso laboral, sino también una conveniencia para facilitar también una mayor ratio de éxito en la acción entablada. Una vez más, el análisis cualitativo puede auxiliarse del estadístico. Así, de un lado, la estadística judicial confirma que el derecho fundamental más invocado en este

---

<sup>3</sup> Remitiendo a su precedente SAN 14 de septiembre de 2022 (recurso de apelación 37/2022), se reafirma en que “el criterio que se mantiene es que tanto el artículo 47.2 TRLCP como el artículo 59 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, y el artículo 115 TRLGSS [hoy art. 156] son todos ellos claros, expresos y terminantes en el sentido de que «el accidente en acto de servicio es aquél que se produce con ocasión o como consecuencia del ejercicio de las actividades propias de la prestación del servicio, entendiéndose por tal, el que se produce inopinadamente según el previsible y normal curso de los actos específicos propios de una profesión (accidente), o que sea debido a un concreto riesgo característico y dominante que, por sí y nada más que por ejercer aquella actividad, su práctica está abocada a sufrir el daño (consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado)”.

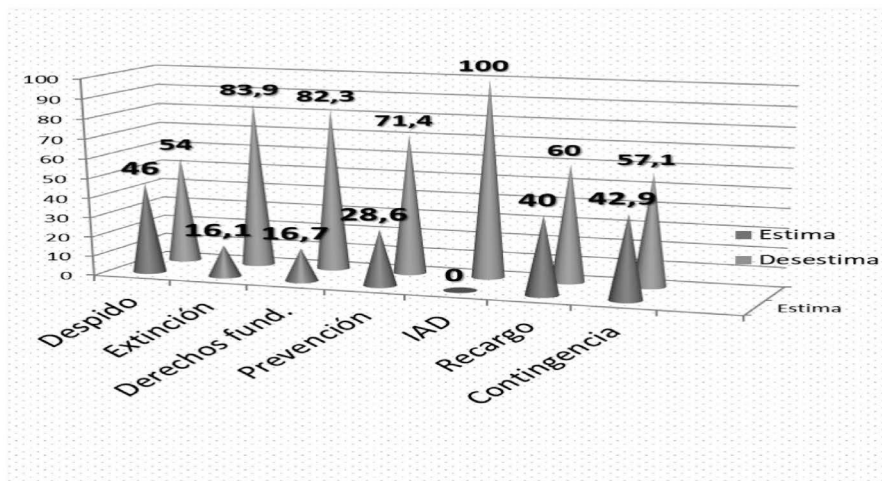
tipo de causas es ahora ya, junto a la dignidad, la integridad psicofísica ex art. 15 CE (Gráfico 4). Lo que, por otro lado, nos permite comprobar cómo el gran desarrollo legal de las conductas de acoso discriminatorio en el trabajo, privado y público, luego no se ve corroborado por su frecuencia en las acciones judiciales, donde tienen menor presencia que las denuncias por acoso moral en el trabajo (público y privado).

**Gráfico 4.** Derechos fundamentales más invocados en las acciones judiciales relativas a acoso en el trabajo. Fuente: Observatorio vasco sobre acoso, 2021



El análisis estadístico no significa que haya mejorado notablemente la tutela preventiva frente al acoso en el trabajo como riesgo psicosocial. Lo que habría tenido mayor efectividad es la protección de la persona trabajadora frente a los factores de riesgo psicosocial, aunque se descarte la conducta de acoso, la más invocada por parte de las personas trabajadoras, por entender que es la única tomada en serio en los Tribunales, lo que no se corresponde con la realidad. Como puede comprobarse en el Gráfico 5, el cada vez más notable fracaso de las vías específicas de tutela frente al acoso en el trabajo (como la de tutela de derechos fundamentales –obviamente, para el empleo público se descarta el procedimiento de despido, inexistente en el empleo público-administrativo, marginal en el empleo público laboral por esta causa –también el de extinción ex art. 50 ET–), viene de la mano del paralelo incremento del éxito de las acciones con pretensiones preventivas, esto es, no tanto por situaciones de acoso moral en el trabajo sino por incumplimientos de prevención de riesgos laborales en materia de gestión psicosocial. No obstante, si en el periodo del estudio primero (2017-2020) la ratio era del 50%, en el estudio actualizado, segundo, del bienio 2021-2022 (y primeros meses del año 2023), el incremento notable de este tipo de acciones habría supuesto una significativa reducción de la ratio entre las estimaciones y desestimaciones (se admiten 3 de cada 7) .

**Gráfico 5.** Ratio de éxito entre los procedimientos utilizados para demandar por acoso moral.  
Fuente: Observatorio vasco sobre acos y discriminación, 2021, 2022



El ámbito público-administrativo en el que más está proliferando este tipo de demandas es en el de la Administración Local, aunque también tiene una significativa proyección en el empleo público autonómico, sobre todo en el estatutario, y de manera más prevalente en los servicios de salud. Este sería el caso, por ejemplo, de la citada STSJPV 1660/2022, 28 de julio, especialmente paradigmática. Ante la denuncia de acoso laboral por una médico del sistema vasco de salud, concluye que no existe tal situación, pero sí una enquistada conflictividad laboral que ha causado daños a la salud psíquica de la profesional sanitaria y que, no constatándose una adecuada actividad preventiva, exige condena (en el caso una indemnización de 10.000 euros, por daños personales).

Una construcción muy consolidada en esta doctrina de suplicación. Como lo prueba, por mantenernos en las más recientes, la STSJ PV 1589/2022, 19 de julio (trabajador que presta servicios en el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco como funcionario de carrera, y categoría de Suboficial de la Escala de Inspección). También, en otras<sup>4</sup>, como la sala de suplicación canaria, de Las Palmas. Por citar un ejemplo relevante y reciente se trae a colación la STSJ IC/Las Palmas 106/2023, 25 de enero, de gran interés. Relativa a un problema de falta de actividad preventiva en un Ayuntamiento canario, revocará, con devolución de autos, la sentencia de instancia social, a la que reprobaba la incapacidad para “captar el alcance del conflicto pese a la nitidez de los hechos que lo configuran”. En la sentencia de instancia el problema se presenta como un conflicto interpersonal típico a raíz de la discrepancia de un empleado público con el ejercicio de la potestad pública de reorganización del servicio, por lo tanto, ajena a toda cuestión de gestión psicosocial en los entornos de trabajo públicas que, además, contaría con protocolos de gestión al efecto, como en materia de acoso. Para la suplicación, la realidad es diferente:

“En el Ayuntamiento de Arrecife no existe evaluación de riesgos psicosociales ni, obviamente, planificación de la actividad preventiva. Y esto es así, se insiste, pese al requerimiento de la Inspección de Trabajo. El incumplimiento de la normativa de prevención es manifiesto, y es la causa del estado psíquico del trabajador. La psicóloga

<sup>4</sup> Ej. STSJ Galicia 1491/2023, 14 de marzo, en el ámbito de ENAIRE, corporación gestora, como es sabido, de la navegación aérea en España

y la Inspección anunciaron que el conflicto que advertían podría determinar el deterioro de la salud del trabajador y la urgencia de acudir a medidas de prevención, pero el Ayuntamiento se enrocó en una posición de absoluta pasividad prestando total desatención al trabajador, cual si de un extraño se tratara, sin importarle el desasosiego que con sus decisiones organizativas le estaba ocasionando y las nefastas consecuencias que acarrearán su prolongación en el tiempo, que bien pudieron haber sido evitadas o minoradas...”

Conviene advertir, no obstante, que se trata de una posición resistente –la de instancia– que lejos de ser minoritaria sigue siendo hoy mayoritaria en el ámbito del empleo público y admite, a menudo, comprensión en el ámbito judicial, también en el social. A mi juicio, un claro ejemplo lo hallamos en las también citadas STSJ Madrid 147/2023, 17 de febrero y STSJ Extremadura 92/2023, 15 de febrero, (ambas para el personal de empleo público laboral de Correos), que descartan toda pasividad en la gestión preventiva ante este tipo de conflictos en el seno de organizaciones de servicio público porque sí cuentan con algún tipo de evaluación de riesgos psicosociales, aunque la ITSS requiriera para su mejora en varias ocasiones. Vemos, pues, un fuerte contraste entre la posición judicial mayoritaria, que tiende a valorar como eximente de responsabilidad la existencia de una mínima labor de gestión psicosocial, en especial protocolos de gestión del acoso (muy extendidos en las AAPP a partir de la LOIEMH), asumiendo que los conflictos interpersonales se da en el ámbito del trabajo público y son normales, sin incidencia preventiva, y una minoría, pero creciente y relevante, que exige algo más que la gestión protocolaria.

## **5. EL CIBER ACOSO, SOBRE TODO POR RAZON DE SEXO-GÉNERO, EN EL EMPLEO PÚBLICO EMERGE EN LOS TRIBUNALES**

No por vía preventiva, sino disciplinaria, y al margen de que tenga o no una previsión expresa en los protocolos de gestión del acoso, también ha comenzado a darse visibilidad en el trabajo público, a través de la acción jurisdiccional, la dimensión digital del acoso, esto es, el ciberacoso en el trabajo. Una dimensión que presenta singularidades notables respecto de la experiencia hasta ahora más extendida de acoso laboral, sea en el empleo privado sea en el público, por cuanto presenta mayores prevalencias el acoso horizontal (el que procede de personas compañeras de trabajo) y el acoso por razón de sexo-género, con claras connotaciones sexistas y/o sexuales, por lo que las mujeres lo sufrirían de un modo particular, con mayor incidencia (De Vicente Pachés, F., 2019; Molina Navarrete, C., 2019; Álvarez del Cubillo, A., 2021). Así lo evidencia, de nuevo, limitándonos a citar ejemplos más recientes y para el empleo público, el ATS, 4ª, de 22 de noviembre de 2022, RCU 4446/2021.

Esta decisión jurisdiccional, dictada en el ámbito del personal laboral del sector público-empresarial (RENFE), deja firme la sentencia de suplicación social que validó la sanción a un trabajador de RENFE que, tras la activación del protocolo de gestión preventiva frente al acoso, vio suspendida temporalmente de empleo y sueldo por acosar, a través de una red social, a una compañera de trabajo. La sanción se estima pertinente pese a que se realizó con dispositivos propios del trabajador, no propiedad de la empresa, fuera del lugar y horario de trabajo. De este modo, al igual que para el empleo privado, la protección el orden de convivencia en el seno de la empresa, aunque las conductas tengan lugar fuera, se convierte en el punto de conexión relevante para habilitar el ejercicio del poder disciplinario de la empresa a situaciones que, en virtud de la conectividad digital,

pueden realizarse extramuros de la organización del trabajo y, por lo tanto, fuera de un control estricto de la empresa<sup>5</sup>.

En el ámbito del empleo público-administrativo militar estas situaciones conocen ya numerosas decisiones del propio TS, Sala V. Esta no ha dudado en condenar por el delito de (ciber)acoso profesional, en virtud del Código Penal Militar, cuando el acoso se ha llevado a cabo a través de dispositivos móviles o redes de mensajería instantánea, como los grupos de WhatsApp, incluido el envío de vídeos con contenido sexual. Queda claro aquí esa dimensión eminentemente sexual-sexista que adquiere el acoso en el trabajo público (ej. STS, V, 12/2022, 10 de febrero<sup>6</sup>, así como, entre otras, la STS, V, 70/2021, 14 de julio -difusión de expresiones vejatorias y de contenido sexual y sexista en un chat de más de 40 personas –grupo WhatsApp–).

Como es natural, esta creciente emergencia de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo público exige una revisión de los protocolos establecidos hasta el momento, a fin de incorporar estas nuevas dimensiones digitales. Así se está produciendo ya en algún caso en el ámbito privado (convenio colectivo del Grupo Telefónica, por ejemplo), pero también en el ámbito del empleo público (ej. Protocolo de gestión del acoso de la Universidad Jaume I de Castellón; Protocolo de gestión del acoso en el personal de salud de la Comunidad Madrileña, etc.).

## **6. EL ACOSO-REPRESALIA: EL DERECHO-DEBER DE DENUNCIAR IRREGULARIDADES GRAVES COMO NUEVO FACTOR DE RIESGO DE ACOSO EN EL TRABAJO PÚBLICO**

Dada la naturaleza de este estudio y la limitación –consabida– de espacio, ante la gran cantidad de contribuciones en homenaje a nuestro querido y admirado colega, no resulta posible, ni conveniente, adentrarse mucho más en el análisis de una cuestión tan compleja y, por desgracia, tan extendida en las AAPP, como el acoso laboral. Y ello en todas y cada una de sus manifestaciones, en especial la “moral”, aunque la incidencia de otras, como las relativas al acoso sexual incluso ha determinado, para el plano penal (que aquí no se ha incluido, por falta de espacio y su singularidad jurídica<sup>7</sup>) que el TC se plantee revisar su doctrina previa atendiendo a una perspectiva de género, en relación a la escasa condena aplicada a un catedrático de Universidad andaluza por el acoso sexual y sexista a tres de las profesoras que integraban su Departamento<sup>8</sup>. Lamentablemente, la actualidad más rabiosa sigue dejando aflorar casos del género. Por eso, el TS, Sala 3ª, también en el ámbito universitario, acaba de admitir un recurso de casación para clarificar el concepto de acoso sexual y su distinción con el acoso por razón de sexo a fin de precisar si tiene que

<sup>5</sup> La legitimidad de ejercer el poder disciplinario para conductas realizadas fuera de las coordinadas laborales, de tiempo y lugar, se ha reiterado recientemente en la STS, 4ª, 494/2022, 31 de mayo, por afectar, en todo caso, al orden de convivencia en la empresa (agresión e insultos racistas a compañero en la comida de Navidad, cuando había terminado la misma y se había ido la dirección de la empresa)

<sup>6</sup> En ella se afirma expresamente que “el acoso puede llevarse a cabo mediante actos realizados en cualquier lugar, sea el de trabajo o fuera de dicho lugar; y, la acción afecte a la dignidad de la persona o a su consideración en el trabajo”.

<sup>7</sup> Eje. STSJ Cataluña, Sala civil y penal, 9/2023, de 24 de enero, confirma la condena a un subinspector de los Mossos d'Esquadra de 6 meses de cárcel por delito de acoso laboral a una compañera. También tendrá que indemnizarla con 149.618 euros. Le infravaloraba en el trabajo, le mandaba realizar funciones de administrativa y le decía frases como, por ejemplo, “tú lo que tienes que hacer es operarte las tetas”

<sup>8</sup> [https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-01-26/constitucional-revisara-doctrina-abusos-sexuales-universidad-sevilla\\_3365174/](https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-01-26/constitucional-revisara-doctrina-abusos-sexuales-universidad-sevilla_3365174/)



concurrir en aquél una solicitud de favor sexual o si bastan “actitudes ambiguas” para que se considere una “falta muy grave” en el caso del personal de empleo público (referido art. 92. b) EBEP)<sup>9</sup>.

Sin embargo, no queremos terminar este repaso de aspectos relevantes del asunto aquí analizado sin volver a traer a colación, con algún comentario de detalle más, la actualidad que conoce con la aprobación de la citada Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas informantes sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. No cabe duda de que una irregularidad grave, más bien muy grave, en el seno de las organizaciones de trabajo (públicas y privadas), que tendrían cabida en el seno de los canales internos, pero también externos (siempre garantizando confidencialidad), son las relativas a eventuales situaciones de acoso en el trabajo, en cualquiera de sus varias modalidades, tanto discriminatorias como moral. Así sucede ya en alguna de las experiencias existentes en la materia -ej. II Plan de Igualdad de la empresa Enagás-. La ley refiere a esta cuestión, tácita bien explícita, en dos ocasiones, en un sentido opuesto.

En el art. 35.2 b, refleja una regla particular de exclusión que, por lo visto previamente en torno a la forma más extendida de concebir las situaciones denunciadas como acoso en el seno de las AAPP, como conflicto interpersonal, podría significar dejar fuera de este canal interno de denuncia el acoso, siempre que se tratara de la persona afectada, víctima directa o indirecta, no si se es tercero respecto a la situación. Las relaciones en este caso entre los sistemas de denuncia interna y los protocolos de gestión del acoso no quedan, pues nada, claras, proponiéndose una lectura de integración y complementariedad estricta que no termina de convencerme (Sáez Lara, C, 2023). En cambio, en el art. 36.3 b) se establece una específica protección, una tutela reforzada, como represalia prohibida, al eventual comportamiento de acoso como respuesta a la denuncia de irregularidades. En este sentido, la referencia no es baladí, pues como acredita la STEDH de 9 de noviembre de 2021 (CASO ŠPADIJER vs. MONTENEGRO: Demanda 31549/18<sup>10</sup>), no es infrecuente que quienes se decidan a denunciar sean víctimas de acoso, incluso por sus compañeros, no solo por la dirección.

## 7. REFLEXIÓN FINAL

Ahora sí, llega el momento de terminar este recorrido por un tema tan ominoso en su significado real como fascinante en el plano jurídico. Confío en que este pequeño viaje, entre historia reciente y modernidad más radical del tratamiento del acoso en el empleo público haya merecido la pena. En él hemos podido comprobar cómo, la mejora que ha supuesto, para la tutela judicial frente a tan intolerables conductas humanas en el seno de las organizaciones públicas, la consolidación de la competencia del orden social, ni ha sido plena (aún quedan algunos reductos –como clases pasivas– reservados al orden de lo contencioso), ni todavía ha desplegado la efectividad esperada en orden a la protección eficaz del derecho a un entorno seguro y saludable de trabajo público, libre de toda forma de violencia y (ciber) acoso.

En línea con el exceso de cultura preventiva de papel, la proliferación en el seno de las organizaciones públicas de los protocolos de gestión del acoso, no tanto de la práctica

<sup>9</sup> [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1227370](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1227370)

<sup>10</sup> En este asunto –no es el único conocido por el TEDH–, una vigilante de prisiones es objeto de intenso acoso, con agresiones físicas y psíquicas, por denunciar la corrupción en su centro penitenciario, en la que participan mandos y compañeros.

de gestión psicosocial que ha de servirle de marco de referencia, conforme ahora precisa el Convenio 190 OIT, no se ha traducido en mayor eficacia, sino más bien en mayor carga burocrática, sin generar la debida confianza en el personal que, con frecuencia, los elude o, de activarlos, lo hacen para no encontrarse una sentencia que les repruebe no haber denunciado antes en el seno de la empresa, para que esta pudiera adoptar medidas adecuadas. La superación del viejo y restrictivo concepto de acoso moral como forma de violencia extrema o muy grave, que se dirigiría intencionalmente a la destrucción profesional y personal de la víctima, no ha tenido todavía, tampoco, la operatividad que de él se requiere, en línea, igualmente, de lo que propone el C190 OIT. En suma, importantes avances, sin duda, normativos y judiciales, también preventivos, pero son aún más los desafíos pendientes, porque no han desaparecido las resistencias a un avance más rápido y eficaz. Confiamos en que ese salto cualitativo lo dé la recepción del C190.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. (2021). *La protección judicial en materia de acoso en el trabajo en el horizonte del convenio 190 OIT*, Observatorio vasco sobre acoso y discriminación, Bilbao.

Álvarez del Cubillo, A. (2021). “El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica”. *Temas Laborales*, n. 157, pp. 167-192.

Correa Carrasco, M. (2019, a). El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, pp. 166-172.

Correa Carrasco, M. (2019, b). *Acoso laboral. Regulación jurídica y práctica aplicativa*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

De Vicente Pachés, F. (2018). *Ciberacoso en el trabajo*. Atelier, Barcelona

Jara, July (2018). *Acoso en las Universidades públicas de España*, Pikara Magazine

<https://in-formacioncgt.info/wp-content/uploads/2020/02/Acoso-en-la-Universidad.pdf>

Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales en el Trabajo (LARPSICO). (2021). “Violencia en línea y ciberacoso, riesgos psicosociales laborales emergidos: cómo prevenirlos y erradicarlos”, Ficha Científico-Técnica Preventiva, n. 2/03-2021.

[https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2022/07/FCTP\\_Coleccion2.Ciberpsicologia.2021.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2022/07/FCTP_Coleccion2.Ciberpsicologia.2021.pdf)

Molina Navarrete, C. (2019). El ciberacoso en el trabajo: como identificarlo, cómo prevenirlo, cómo erradicarlo, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

Moreno Pérez, J.M. (2022). “El orden social como garante del cumplimiento de prevención (y reparación) de riesgos: vis atractiva, conflictividad incesante pospandemia” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 468 mayo-junio.

Saez Lara, Carmen (2023). “La Ley 2/2023 de protección de los informantes y lucha contra la corrupción”, Brief AEDTSS <https://www.aedtss.com/la-ley-2-2023-de-proteccion-de-los-informantes-y-lucha-contr-la-corrupcion/>



# **DERECHOS COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL**

CARMEN SÁEZ LARA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

## **SUMARIO:**

- 1. LAS PARTICULARIDADES DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA NORMATIVA DE LA OIT**
- 2. DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**
- 3. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO**
- 4. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

## **1. LAS PARTICULARIDADES DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA NORMATIVA DE LA OIT**

### **1.1. Hacia el reconocimiento de los derechos colectivos de los funcionarios**

Ha sido largo el camino hacia el reconocimiento de los derechos colectivos en el sector público, donde progresivamente se han ido suprimiendo las prohibiciones y restricciones a su ejercicio y valorando los beneficios, en términos de participación y democratización del sector. Las causas explicativas de este proceso han sido múltiples. En primer lugar, la expansión de las actividades de las administraciones públicas a diversos sectores productivos (económicos, sociales, culturales, etc.), de forma que, en muchos países, el Estado es el empleador más importante. En segundo lugar, la disociación entre empleado público, funcionario público y ejercicio de función o autoridad pública, en sentido estricto. Siendo evidente que la mayor parte de los funcionarios no la ejerce, se ha venido produciendo una lógica aproximación entre la condición profesional del empleado y del funcionario y la del resto de los trabajadores.

Por lo que se refiere a los efectos de este proceso, podemos señalar que se ha producido un progresivo abandono del unilateralismo estatutario de las relaciones ente el Estado y el empleado a favor de un bilateralismo, en las relaciones laborales, a través de la negociación colectiva. El avance de los derechos colectivos no cuestiona la singularidad del empleo público, sino que significa la democratización del sector, a través de la participación de los empleados públicos. No se discute la singularidad del empleo público porque se garantizan las peculiaridades de los derechos colectivos de los empleados públicos, derivadas de las características de la Administración como empleadora. Entre nosotros, estas peculiaridades de la organización y acción colectiva y sindical derivan del papel que la Constitución asigna a la Administración; servir con objetividad los intereses generales. Los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, que rigen la actuación de la Administración, sirven de base para la configuración de las citadas peculiaridades y son claves para definir el modelo particular de los derechos sindicales de los empleados públicos<sup>1</sup>.

En este marco, hemos de situar pues la tendencia hacia el reconocimiento de los derechos colectivos en el sector público, que en algunos países ha coincidido con la transición a un sistema democrático de relaciones de trabajo tras una etapa de dictadura, como ha sido, por ejemplo, el caso de España, en el año 1978.

Este fue el tema del profesor Pedro Gómez Caballero, en su libro “Derechos colectivos de los funcionarios”, con origen en su tesis doctoral, dirigida por el Profesor Federico Durán López y, en este libro, dirigido a rendir un merecido homenaje a su trayectoria profesional, analizaré las normas de la OIT decisivas en esta tendencia hacia la extensión de los derechos colectivos en el sector público.

### **1.2. La normativa de la Organización Internacional del Trabajo**

Efectivamente, en la tendencia descrita en el epígrafe anterior han jugado un papel decisivo la normativa de la OIT y las decisiones de los órganos con funciones de interpretación y aplicación de ésta. El año 1978 marca un hito en el avance de los derechos sindicales de los empleados públicos pues, a través de la aprobación del

---

<sup>1</sup> Gómez Caballero, P., Los derechos colectivos de los funcionarios públicos, CES. Madrid, 1994, p. 41.

Convenio 151 y la Recomendación 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, desaparece cualquier duda interpretativa sobre la garantía a los trabajadores gubernamentales del derecho a sindicarse y a negociar de manera colectiva.

Aunque se afirme a menudo que el reconocimiento efectivo de los derechos sindicales en la administración pública en la OIT tiene su fundamento en su propia Constitución y en la Declaración de Filadelfia<sup>2</sup>, y los Convenios núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 (C-87), y núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, son aplicables a los empleados públicos (C-98), el Convenio 151 vendría a aclarar esta situación.

Efectivamente, en 1978, para adaptar los instrumentos existentes (los citados convenios núm. 87 y núm. 98) a la situación particular de ciertos trabajadores, se adoptarían el Convenio (núm. 151) y la Recomendación (núm. 159) sobre las relaciones de trabajo en la administración pública. En el contexto ya destacado de la expansión de los servicios prestados por la administración, se partía entonces de recordar que el C-98 no era aplicable a ciertas categorías de empleados públicos y que la diversidad reguladora en cada Estado, en relación con la naturaleza de la relación de empleo público y las consiguientes dificultades interpretativas del citado C-98, habían llevado a los órganos de control de la OIT a constatar que grupos numerosos de empleados públicos quedaban excluidos del ámbito de aplicación del citado convenio.

En este contexto, el Convenio núm. 151, además de garantizar el derecho a sindicarse y a negociar de manera colectiva, establece que los conflictos relacionados con el establecimiento de las condiciones de trabajo deben resolverse por medio de negociaciones o de mecanismos imparciales e independientes. Partiendo de un amplio concepto de empleado público “toda persona empleada por la administración pública” (arts. 1.1 y 2) se garantizaba protección contra discriminación antisindical (art. 4) y a sus organizaciones independencia (art. 5) como facilidades para el desempeño de sus funciones (art. 6) así como procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo (art. 8) y de solución de conflictos (art. 9).

Otra fecha importante es 1981, año en el que, para un reconocimiento más amplio de la negociación colectiva, se adoptarían el Convenio núm. 154 y la Recomendación núm. 163 sobre negociación colectiva. Ambos instrumentos abarcan tanto el sector privado como el sector público (salvo las fuerzas armadas y la policía). De este modo, con la adopción del Convenio núm. 154, la comunidad internacional reconoce que la negociación colectiva constituye el medio privilegiado para reglamentar las condiciones de trabajo también para el sector público.

Un tratamiento distinto corresponde al ejercicio del derecho de huelga en el sector público. El derecho a la libertad de sindical de los funcionarios no conlleva su derecho a la huelga, que está sujeto a un régimen de limitaciones subjetivas, como se verá. El derecho de huelga presenta también dificultades especiales en los sectores público y semipúblico, en los que la noción de empleador no está exenta de ambigüedades y en donde se plantea la necesaria garantía de los servicios esenciales.

---

<sup>2</sup> Atendiendo a la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (en adelante, la Declaración de 1998). La Constitución de la OIT (la parte XIII del Tratado de Versalles de 1919) reconoce en su Preámbulo el principio de libertad sindical y la Declaración de Filadelfia (1944) establece la obligación solemne del organismo internacional de fomentar el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva entre los Estados Miembros.

Pues bien, todos estos convenios reconocen las particularidades de los derechos colectivos en el empleo público y apelan, a estos efectos, a las legislaciones nacionales. Las particularidades se centran en primer lugar, en el ámbito subjetivo, en el terreno de los sujetos titulares, identificando una serie de funcionarios como serán, desde un primer momento, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policías (desde el C-78 al C 154) y posteriormente “los empleados de alto nivel” (C-151 art.1.2). La legislación nacional puede determinar, por tanto, el modo en que las garantías previstas en los Convenios 87, 98, 151 y 154 se aplican al Ejército y a la policía, y también puede excluir de la protección que brinda el Convenio núm. 151 a los altos funcionarios públicos, cuyas funciones suelen considerarse directivas o relacionadas con la formulación de políticas, o a los empleados cuyas funciones son sumamente confidenciales. Efectivamente, el Convenio 151 también remite a la legislación nacional la determinación de la aplicación de las garantías sindicales establecidas a los empleados de alto nivel con funciones de poder decisorio, cargos directivos, y obligación de confidencialidad (art. 1.2).

De otra parte y, en segundo lugar, como tendremos oportunidad de comprobar, las particularidades también están referidas al procedimiento de consulta/negociación colectiva, pues el art. 7 del Convenio 151 relativo a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo se refiere, además de los procedimientos de negociación, a cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. Y, por último, las peculiaridades se alzan en limitaciones cuando nos referimos al ejercicio derecho huelga.

Pues bien, a efectos de nuestro estudio será muy importante la labor de interpretación llevada a cabo por el Comité de Libertad sindical y la Comisión de expertos sobre interpretación y aplicación de los convenios y recomendaciones. Las normas de la OIT en materia sindical han sido complementadas y desarrolladas por los principios que han venido sentando sus órganos de control. Estas decisiones se han convertido progresivamente en un conjunto de principios que, junto con las observaciones formuladas por la Comisión respecto de esos mismos instrumentos, constituyen un auténtico derecho internacional de la libertad sindical<sup>3</sup>.

## **2. DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

### **2.1. Reconocimiento en términos generales: art. 2 del Convenio núm. 87**

Desde los trabajos preparatorios del Convenio núm. 87 se insistió en que la libertad sindical debía garantizarse también a los funcionarios pues no sería equitativo establecer una distinción entre asalariados de la industria privada y empleados de los servicios públicos. Teniendo en cuenta el amplio tenor del art. 2, la comisión de expertos para la interpretación y aplicación de los convenios y recomendaciones estimaría que se aplican

---

<sup>3</sup> En un estudio regional sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores de los gobiernos subregionales: Los casos de Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador y Perú (OIT, Documento de Trabajo, núm. 46, 2022) se pone de relieve que las normativas nacionales reconocen derechos sindicales, lo que se materializa en una densidad sindical más alta en el sector público que en el privado. La normativa sin embargo pone trabas al ejercicio de los derechos de negociación y de huelga, lo que implica un bajo número de convenios, pero una alta tasa de conflictividad laboral en el sector público.

las disposiciones a todos con independencia de los diferentes términos utilizados por las legislaciones de cada país. La citada comisión también ha insistido en la necesidad de que la legislación reconozca este derecho de asociarse para promover y defender sus intereses profesionales y económicos (y no solo con fines culturales o sociales)<sup>4</sup>.

En definitiva, el artículo 2 del Convenio núm. 87 establece que todos los trabajadores sin distinción deben gozar del derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y que ello implica que los trabajadores de la administración pública también deben gozar del mismo derecho<sup>5</sup>. Para la Comisión de expertos, sería admisible, sin embargo, prohibir a los funcionarios de categoría superior (en puestos de confianza y con responsabilidades de dirección o de control) que se afilien a sindicatos que representen a los demás trabajadores, siempre que se les garantice el derecho a crear organizaciones propias, para defender sus intereses y la legislación limite esta categoría a las personas que ejercen altas responsabilidades de dirección o de definición política. Esta prohibición no es incompatible con la libertad sindical. Por el contrario, el derecho de libertad sindical se vería limitado si la legislación prohíbe a funcionarios públicos crear sindicatos mixtos, con trabajadores de otros sectores, de otros ministerios, departamentos o de otro servicio particular o afiliarse a los mismos. Es decir, no serían admisibles disposiciones que prevén la obligación de crear organizaciones distintas para cada categoría de funcionarios<sup>6</sup>.

## **2.2. Particularidad versus limitación: Libertad sindical de las Fuerzas Armadas y de la Policía**

Al igual que en el Convenio núm. 87 (art. 9.1) en el Convenio núm. 98 (art. 5) se estipula que la aplicación de sus disposiciones a las fuerzas armadas y a la policía dependerá de cada legislación nacional. Ambos artículos disponen que “la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”<sup>7</sup>.

La Conferencia Internacional del Trabajo tuvo intención de dejar que cada estado juzgue en qué medida considera oportuno atribuir a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía los derechos previstos en el Convenio 87, o sea, implícitamente, que los estados que hubieren ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a esas categorías de personas. Los miembros de las fuerzas armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87 deberían ser definidos de manera restrictiva. Además, el Comité ha señalado que, habida cuenta de que este artículo prevé únicamente excepciones al principio general, en caso de duda, los trabajadores deberían tener consideración de civiles<sup>8</sup>.

Algunos países han establecido limitaciones a determinadas categorías de funcionarios atendiendo a la naturaleza de sus funciones o al nivel de responsabilidad que se consideran incompatibles con los derechos sindicales, como el caso de bomberos y personal de establecimientos penitenciarios. La Comisión de expertos ha estimado en

<sup>4</sup> OIT (1994) Libertad Sindical y Negociación Colectiva, Conferencia Internacional del Trabajo 81 Reunión 1994, pp. 24-26.

<sup>5</sup> OIT, La libertad sindical Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical Sexta edición 2018, Ginebra (342º informe, Caso núm. 2363, párrafo 89), p. 63.

<sup>6</sup> OIT (1994) Libertad Sindical y Negociación Colectiva, Conferencia Internacional del Trabajo 81 Reunión 1994, p.42.

<sup>7</sup> Las limitaciones establecidas en relación con los empleados de alto nivel por el art. 1.2 del Convenio 151 se han entendido referidas al derecho a la negociación colectiva, como se verá en el siguiente apartado.

<sup>8</sup> OIT, La libertad sindical Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical Sexta edición 2018, p. 64.



estos dos últimos casos injustificada la exclusión a la luz del art. 9 del C-87 en base a su cometido, constituyendo una cuestión diferente las restricciones relativas a los medios de presión permitidas a estos trabajadores. Igualmente, el Comité de Libertad sindical ha tenido la oportunidad en diferentes informes de declarar expresamente el derecho de libertad sindical del personal civil de las fuerzas armadas, de los trabajadores de los servicios públicos locales, bomberos, personal de establecimientos penitenciarios, funcionarios de aduanas, inspección de trabajo, docentes, personal local de embajadas<sup>9</sup>.

### 3. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO

El estudio de las particularidades analizará en primer lugar el ámbito subjetivo, de la limitación o exclusión de determinados empleados o funcionarios públicos para ver más tarde las particularidades objetivas relativas a los diversos procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo en el empleo público y finalmente las peculiaridades relativas a las materias objeto de negociación colectiva.

#### 3.1. Problemas interpretativos de los Convenios núm. 87 y núm. 98

De partida, a la luz del Convenio 87, interpretado en sentido amplio, para comprender dentro del derecho de libertad sindical la vertiente de la actividad sindical y consecuentemente la negociación colectiva, la limitación de este derecho podría entenderse referida exclusivamente a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, a tenor del ya citado art. 9. Sin embargo, a otra conclusión se llegaría tras la lectura del art. 6 del Convenio núm. 98, pues este convenio, que garantiza expresamente el derecho a la negociación (art. 4), afirma en su art. 6 que el mismo no trata de la situación de “los funcionarios públicos en la administración del Estado” y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto<sup>10</sup>.

A diferencia del Convenio 87, en el Convenio 98 se excluye efectivamente del campo de aplicación a ciertas categorías de funcionarios públicos, a los funcionarios públicos en la administración del Estado. Teniendo en cuenta que el Convenio 98 también garantiza expresamente, como se ha visto, el derecho a la negociación colectiva la restricción de su aplicación a los funcionarios públicos podría interpretarse así referida a la negociación con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Consecuentemente, la aplicación del artículo 6 del Convenio 98 puede plantear problemas, en la práctica, atendiendo a que el concepto de funcionario público varía considerablemente según las legislaciones nacionales.

La Comisión de expertos ha adoptado un criterio restrictivo en lo concerniente a esta excepción, basándose sobre todo en la versión inglesa del artículo 6 que hace referencia solamente a “*public servants engaged in the administration of the State*”, es decir, los funcionarios públicos que están al servicio de la administración del Estado, considerando irrelevante, a los efectos de su exclusión, el mero hecho de estar formalmente asimilados a funcionarios públicos al servicio de la administración del Estado. Conviene, pues,

<sup>9</sup> OIT, La libertad sindical Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical Sexta edición 2018, p. 66.

<sup>10</sup> Por lo que si la normativa nacional les reconoce el derecho de negociación colectiva a los funcionarios públicos no puede interpretarse que esta regulación se opone a ello.

establecer una distinción; por un lado, los funcionarios que cumplen actividades propias de la administración del Estado (por ejemplo, en algunos países, funcionarios de los ministerios y demás organismos gubernamentales comparables, así como sus auxiliares), quienes pueden quedar excluidos del campo de aplicación del Convenio, y, por otro lado, todas las demás personas empleadas por el gobierno, las empresas públicas o las instituciones públicas autónomas, quienes deberían gozar de las garantías previstas<sup>11</sup>.

En definitiva, la Comisión de Expertos propone un criterio restrictivo aplicando tal exclusión exclusivamente a los funcionarios que cumplan materialmente actividades propias de tal administración. La Comisión subraya a este respecto, por ejemplo, que el simple hecho de que un funcionario forme parte de la categoría de “empleados no manuales” no constituye por sí solo un criterio suficiente para determinar su pertenencia a la categoría de los empleados que están “al servicio de la administración del Estado”, ya que si tal fuera el caso se vería muy limitado el alcance del Convenio núm. 98<sup>12</sup>.

### 3.2. Los convenios 151 y 154 de la OIT

El panorama descrito cambia a favor de la extensión de la negociación colectiva en el empleo público gracias a los convenios 151 de 1978, sobre relaciones de trabajo en la administración pública y el 154, de 1981, sobre fomento de la negociación colectiva.

El Convenio núm. 151 reconoce a todas las personas empleadas por la administración, además de protección del derecho de sindicación, una regulación de sus condiciones de empleo a través de procedimientos de negociación u otros medios de participación de los representantes de los empleados públicos (art. 7). De esta forma, podemos afirmar que este convenio extendería la negociación colectiva al ámbito de los funcionarios públicos de la administración del Estado, si bien con la excepción de los funcionarios de alto nivel y de los miembros de las fuerzas armadas y la policía, pues corresponde a la normativa nacional definir hasta qué punto se les aplican las garantías previstas en este convenio (art. 1.2 y 1.3)<sup>13</sup>.

En el Convenio núm. 151 queda claro que son sus funciones materiales las que determinan que un empleado público sea considerado de alto nivel; son las funciones específicas que ejercen las que lo elevan a ese nivel y determinan su particularidad versus exclusión de las garantías establecidas. A estos efectos, se identifican tres tipos de empleados públicos de alto nivel que podrían ser excluidos: los que poseen poder de decisión, los que desempeñan cargos directivos y los que ocupan puestos de confianza. A este listado debemos agregar siempre los miembros de las fuerzas armadas y la policía, señalados en el Convenio núm. 98 y reiterado en el Convenio núm. 151 (art. 1.3).

Los órganos de control de la OIT han llevado una evaluación, caso por caso, que ha conformado un listado abierto sobre el derecho a la negociación colectiva en relación con diversos empleados. De un lado, excluidos de las garantías de negociar sus condiciones de empleo estarían los parlamentarios, los magistrados y las autoridades que ocupan cargos de carácter político por elección o por nombramiento se ubican en la categoría de funcionarios de alto nivel. Por el contrario, los trabajadores de la enseñanza pública,

<sup>11</sup> OIT, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, p. 99-100.

<sup>12</sup> Véase CLS, 291. informe, caso núm. 1557 (Estados Unidos), 278.

<sup>13</sup> El art. 7 del Convenio núm. 151 de la OIT establece efectivamente que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

la salud pública, los empleados municipales, los trabajadores de las empresas y las instituciones públicas, el personal de establecimientos penitenciarios, el personal civil de las fuerzas armadas y la policía tienen el derecho a participar mediante sus organizaciones colectivas en la determinación de sus condiciones de empleo<sup>14</sup>.

Finalmente, el Convenio núm. 154 de la OIT, sobre fomento de la negociación colectiva, establece que “se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva” (art. 5.1), con el objeto de fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores o todos estos fines a la vez (art. 2).

Ahora bien, el convenio permite que la legislación nacional fije “modalidades particulares” de aplicación del convenio a la administración (art. 1.3) y determinar hasta qué punto las garantías del convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía (art. 1.2). De esta forma, el Convenio 154, que se aplica a todas las ramas de la actividad económica, incluyendo la administración pública, otorga la potestad a la legislación o la práctica nacionales de fijar modalidades particulares de aplicación del Convenio para este sector y para determinar hasta qué punto las garantías previstas también son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía (artículo 1).

En primer lugar, puede señalarse que esa potestad en fijar modalidades de aplicación del Convenio núm. 154 en la administración pública es acorde con la excepción establecida en el Convenio núm. 151 sobre la restricción del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos de alto nivel. Como resalta la Comisión, dado que el Convenio núm. 151 es un convenio aplicable específicamente a los empleados públicos, la exclusión de las categorías mencionadas del derecho de negociación colectiva no infringe lo dispuesto en el Convenio núm. 154, que tiene un alcance general y reconoce expresamente que, en lo que se refiere a la administración pública, la legislación y las prácticas nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación (art. 1.3).

En resumen, atendiendo de forma conjunta a las normas internacionales vistas el derecho a la negociación colectiva en el empleo público estaría garantizado con la excepción de los funcionarios públicos de alto nivel, de conformidad con el Convenio núm. 151, y los miembros de las fuerzas armadas y la policía, quienes podrán válidamente ser excluidos por la legislación nacional.

Durante los trabajos preparatorios de la elaboración del Convenio núm. 151, se debatió sobre la situación jurídica de las autoridades públicas electas o nombradas para ocupar cargos de carácter político y se alcanzó la conclusión de que parlamentarios, magistrados y otras autoridades públicas (que ocupen cargos de carácter político por elección o por nombramiento) pertenecen al grupo o categoría de “funcionarios públicos de alto nivel”, por lo que pueden ser válidamente exceptuados del derecho de negociación colectiva, aunque los magistrados gozan del derecho de sindicación establecido en el Convenio núm. 87.

El Comité afirma, de otra parte, que no pueden considerarse como funcionario público de alto nivel los empleados públicos de las empresas públicas o estatales y las instituciones públicas autónomas. Igualmente se reconoce el derecho a la negociación colectiva en relación con los empleados de la administración pública con independencia

---

<sup>14</sup> Miguel F. Canessa Montejó, *El Alcance de la Negociación Colectiva en la Administración Pública / Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, Ginebra: OIT, 2019, pp. 62 y s*

del tipo de contrato, ya sea permanente o temporal, o con contrato civil o administrativo de prestación de servicios, o en régimen de tercerización, o con contrato a tiempo parcial<sup>15</sup>.

Analicemos ahora las peculiaridades o particularidades de la negociación colectiva desde una perspectiva objetiva de los procedimientos de fijación de condiciones de trabajo y en segundo lugar material en relación con los contenidos negociales.

### **3.3. Los métodos distintos de la negociación para participar en la fijación de condiciones de empleo: la consulta**

El Convenio 151, al regular los procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo en el empleo público, además de a la negociación se refiere a “cualesquiera otros métodos que permitan la participación de los representantes de los empleados públicos”. Por su parte, la Recomendación núm. 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (1978) señala en su párrafo 2, apartado 2 que en “el caso que existan métodos distintos de la negociación para permitir a los representantes de los empleados públicos participar en la fijación de las condiciones de empleo, el procedimiento para asegurar esa participación y para determinar de manera definitiva tales condiciones debería preverse mediante la legislación nacional o por otros medios apropiados”. Como afirma la Comisión de Expertos, respecto a los métodos distintos de la negociación colectiva para determinar las condiciones de empleo de los empleados públicos, “se trata, en esencia, de procedimientos de consulta, exclusivamente, entre las partes y de sistema de consulta en que intervienen órganos, cuya vocación es conciliar puntos de vista o formular recomendaciones a los órganos de decisión, con la ayuda de expertos o personalidades independientes”<sup>16</sup>.

En una interpretación conjunta de los Convenios 98 y 151 se ha afirmado que se establece como procedimiento predominante la negociación, pero en el caso de los funcionarios públicos de la administración del Estado también se permite alternativamente otros métodos (el procedimiento de consulta), que posibilitan participar a las organizaciones de los empleados públicos en la fijación de las condiciones de empleo. Para el resto empleados públicos no cabe la aplicación de los procedimientos de consulta, bajo el marco del Convenio núm. 98<sup>17</sup>.

Sin embargo, no resultaría admisible sustituir la negociación colectiva por la consulta en aquellos estados en los que en la normativa interna existe el reconocimiento del derecho a la negociación. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la fundamentación de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional peruano que otorgaría preferencia a la negociación colectiva sobre el procedimiento de consultas en base a la obligación estatal de fomentarla, mandato contenido en el art. 28 de la Constitución<sup>18</sup>.

Finalmente, la ratificación del Convenio núm. 154 conduce a que el procedimiento de consulta debe ser sustituido por la negociación colectiva en los funcionarios públicos de la administración del Estado. De una parte, este convenio establece su aplicación en la administración pública al no establecer excepciones en su regulación (art. 1) y, de otra

<sup>15</sup> ss. Miguel F. Canessa Montejo, *El Alcance de la Negociación Colectiva en la Administración Pública*, p. 12

<sup>16</sup> Miguel F. Canessa Montejo, *El Alcance de la Negociación Colectiva en la Administración Pública*, p. 16

<sup>17</sup> OIT, *Negociación Colectiva en la Administración Pública*, 2019, pp. 62 y ss..

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Caso Ley de Servicio Civil. Sentencia de 26 de abril de 2016. Expediente Núm. 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC, Fundamento Jurídico 158.

parte, exige que los estados adopten las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva (art. 5.1).

Esta obligación de fomentar del derecho de negociación colectiva en todas las ramas de la actividad económica establecida por el Convenio núm. 154 modificaría pues la situación jurídica para aquellos miembros de la OIT que implementan el procedimiento de consultas, al amparo del Convenio núm. 151, tras la ratificación, en su caso, del citado Convenio núm. 154. Una aplicación conjunta de ambas normas internacionales del trabajo conduce a que las consultas resulten insuficientes para cumplir con el mandato del C-154 pues su ratificación obliga al Estado a sustituir el procedimiento de consulta por la negociación colectiva de los funcionarios públicos de la administración del Estado. Como señala la Comisión de Expertos a pesar de que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los funcionarios haya conocido un progreso manifiesto gracias a la adopción del C-151, los Estados podían siempre evitar recurrir a la negociación colectiva y determinar las condiciones de empleo mediante otros métodos.

Tras la ratificación por un Estado del Convenio núm. 154 no podría seguir limitándose al método de consulta, como sucedía con el Convenio núm. 151, y debe promover la negociación colectiva de las condiciones de trabajo y empleo (párrafo 1 de los artículos 2 y 3). De este modo, con la adopción del Convenio núm. 154, la comunidad internacional reconoce que la negociación colectiva constituye el medio privilegiado para reglamentar las condiciones de trabajo tanto para el sector público como para el sector privado<sup>19</sup>. Como ya se ha interpretado, la potestad de las legislaciones o prácticas nacionales en fijar las modalidades particulares de la aplicación del Convenio 154 no puede interpretarse en conservar los procedimientos de consulta. Así se resolvió para el caso de Japón que seguía el procedimiento de consulta por medio de un organismo conformado por expertos independientes que presentan recomendaciones sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos. La Comisión de Expertos señalaría que la negación a la negociación libre de los salarios y las condiciones de empleo violaba el artículo 4 del Convenio núm. 98<sup>20</sup>.

### **3.4. Las particularidades de la negociación colectiva en el empleo público en relación con las materias negociadas**

Las particularidades que el derecho a la negociación colectiva presenta en el ámbito del empleo público también estarían referidas a las materias objeto de la negociación. De partida, atendiendo al Convenio núm. 154, podemos indicar que son materias de la negociación colectiva la regulación de las condiciones de trabajo y empleo, (que en su caso podría incluir salarios y compensaciones económicas). Sin embargo, de conformidad con las normas internacionales no son materias de negociación colectiva aquellas que afecten el poder de dirección del Estado como empleador y las normas de orden público. Asimismo, la restricción presupuestaria constituye un límite válido en el derecho de negociación colectiva de los servicios públicos.

Aunque como reconoce el Comité de Libertad Sindical la normativa presupuestaria constituye un límite a la fijación de los salarios puede comprobarse que, en general,

---

<sup>19</sup> Entre nosotros ello no exige su garantía constitucional. A este respecto la doctrina constitucional en España ha afirmado en las SSTC 57/1982, 85/2001 que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no está garantizado en la Constitución, sino que su reconocimiento depende exclusivamente de una opción legislativa ordinaria, aunque una vez garantizado legalmente forma parte del “contenido adicional” del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos.

<sup>20</sup> Miguel F. Canessa Montejo, *El Alcance de la Negociación Colectiva en la Administración Pública*, p. 20.

los salarios y las compensaciones económicas forman parte de las materias que aborda la negociación colectiva de los servicios públicos de conformidad con la normativa internacional del trabajo; siendo cada vez menor el número de los países que establecen prohibiciones en este sentido.

Además, paulatinamente se vienen incrementando los estados que reconocen las negociaciones colectivas con los representantes de los miembros de las policías nacionales o locales, como destaca la Comisión de expertos en relación con Bélgica, Brasil o Nueva Zelanda, por ejemplo. Igualmente, sobre el tema es preciso destacar novedosas materias que acompañan a las tradicionales sobre salarios y condiciones de trabajo. Así se citan, entre otras, cláusulas convencionales sobre el reconocimiento del derecho de información de las organizaciones sindicales; la institucionalización de la consulta con los sindicatos como mecanismo de solución de conflictos en entes públicos, a través de órganos bipartitos y paritarios; el reconocimiento de facilidades para el desarrollo de la actividad sindical; la regulación en materia de género<sup>21</sup>.

#### 4. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Aunque desde el ámbito internacional también se haya afirmado que el derecho huelga es “corolario indisoluble del derecho de sindicación”<sup>22</sup>, sin embargo, de forma igual de categórica, se afirma que el reconocimiento del derecho sindical de los funcionarios públicos no tiene relación alguna con la cuestión del derecho de esos funcionarios a la huelga<sup>23</sup>. Se afirma así por la Comisión de expertos que la huelga no es un derecho absoluto y podría ser sometida a restricciones en su ejercicio. Ciertas legislaciones, si bien reconocen el derecho de huelga, sujetan su ejercicio a restricciones, de alcance variable; referidas a determinadas categorías de empleados (función pública), a las funciones que desempeñan (servicios esenciales), al rango jerárquico (personal directivo) o a varios de estos factores.

El reconocimiento del principio de la libertad sindical a los funcionarios públicos no implicaría pues necesariamente el derecho de huelga<sup>24</sup>. Desde este punto de partida, el Comité de Libertad Sindical ha fijado sobre este tema una doctrina general derivada de la recopilación de sus decisiones y en la que se establecen los siguientes criterios subjetivos y objetivos que analizaremos por separado<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Miguel F. Canessa Montejo, *El Alcance de la Negociación Colectiva en la Administración Pública*, p. 64.

<sup>22</sup> El Comité de Libertad Sindical ha convertido casi en una cláusula de estilo la expresión de que “el derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87”, pues en el C87 (art. 3) y en el C-98 (art. 2) está el germen del reconocimiento del derecho de huelga, (Reino Unido (caso nº 2473), 16 diciembre 2005): Sobre el tema, Cabeza Pereiro, J., *El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga*. Revista española de Derecho del Trabajo num. 156/2012 (BIB 2012\3117).

<sup>23</sup> CIT, 30. Reunión, 1947: Informe VII, Libertad sindical y relaciones del trabajo, pág. 107.

<sup>24</sup> Vid., STEDH de 21 abril 2015. TEDH 2015\24 (Caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N. E) contra España) conoció el caso de la prohibición legal para los Ertzainas (policía autonómica vasca) de ejercer el derecho a la huelga. Esta prohibición constituye efectivamente un límite a la libertad sindical de los funcionarios públicos que son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El TEDH considero que esta prohibición legal no viola la libertad sindical sobre la base de que la misma se fundamenta en la necesidad de garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa del orden. Esta medida no constituye una injerencia injustificada en el derecho del sindicato demandante a la libertad de asociación del que ha podido ejercer su contenido esencial y de otra parte apreció la ausencia de arbitrariedad en la distinción respecto a otros funcionarios públicos.

<sup>25</sup> La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018 pp. 157 y ss.

En todo caso, es preciso partir del criterio general según el cual el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias.

#### **4.1. Restricciones subjetivas del derecho de huelga**

El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse, primero, en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o, segundo, en los servicios esenciales, en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).

Por tanto, puede ser objeto de restricciones (suspensión o prohibición) el derecho de huelga de los funcionarios de la administración de justicia, que ejercen funciones de autoridad, los trabajadores del servicio de aduanas, trabajadores que ejercen tareas de administración, fiscalización y recaudación de tributos internos pues tienen funciones de autoridad en nombre del Estado. Por el contrario, los empleados públicos de empresas del Estado deben disfrutar del derecho de huelga siempre que la interrupción de sus servicios no ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de la población.

#### **4.2. Restricciones objetivas del derecho de huelga**

En segundo lugar, en relación con la protección de servicios esenciales, para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza “evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”. Pueden ser considerados como servicios esenciales: el sector hospitalario los servicios de electricidad los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos la policía y las fuerzas armadas; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares; el control del tráfico aéreo<sup>26</sup>. En servicios esenciales, algunas categorías de empleados, por ejemplo, obreros (de los hospitales) y los jardineros no deberían verse privados del derecho de huelga.

No constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término: la radio-televisión; los sectores del petróleo y las instalaciones petrolíferas; la distribución de petróleo para el funcionamiento del transporte aéreo; el sector del gas, el llenado de bombonas de gas y su comercialización; los puertos (carga y descarga); los bancos; el Banco Central; los servicios de seguros; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes y los parques de atracciones; la metalurgia y el conjunto del sector minero; los transportes, en general, incluidos los servicios metropolitanos; los pilotos de líneas aéreas; la generación, transporte y distribución de combustibles; los servicios ferroviarios; los transportes metropolitanos; los servicios de correos; el servicio de recolección de basuras; las empresas frigoríficas, los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; las plantaciones de té, café y

---

<sup>26</sup> El control del tráfico aéreo puede considerarse como un servicio esencial se aplica a todas las huelgas, cualquiera que sea su forma –huelga de brazos caídos, trabajo a reglamento, ausencia por supuesta enfermedad, etc.– dado que éstas pueden ser tan peligrosas como una huelga tradicional para la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la población. (Véase Recopilación de 2006, párrafo 586.)

coco; la Casa de la Moneda; la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco; el sector de la educación; empresas de embotellamiento de agua mineral; la reparación de aviones; los servicios de ascensores; servicios de exportación; servicios de seguridad privada, excepto los servicios penitenciarios; los aeropuertos, excepto los servicios de control del tráfico aéreo; las farmacias; las panaderías; la producción de cerveza; la industria del vidrio.

El concepto “servicio esencial” no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga supera determinado período temporal o cierto alcance personal y pone así en peligro la vida, la seguridad de las personas o la salud de toda o parte de la población. Lo que se entiende por “servicios esenciales” depende, además, en gran medida, de las condiciones propias de cada país.

El Comité consideró que, en el sector de la recolección de basuras, en aquellos casos en que es admisible la imposición de servicios mínimos, deberían tomarse medidas para garantizar que dicho servicio mínimo evite peligros para la salud o la seguridad pública (párrafo 847). En el sector de servicios postales, aunque siempre ha tenido en cuenta el hecho de que una interrupción prolongada puede afectar a terceros, el Comité ha considerado sin embargo que no justifica una restricción del derecho fundamental de libertad sindical, salvo si su gravedad es de tal magnitud que ponen en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (párrafo 851).

Aunque el sector de la educación no se ha considerado un servicio esencial y el Comité afirma el derecho a la huelga del personal docente, sin que las posibles consecuencias a largo plazo de las huelgas en el sector de la enseñanza justifiquen su prohibición<sup>27</sup>. Solo se ha admitido que el derecho de huelga de los directores y los subdirectores puede ser objeto de restricciones o incluso ser prohibido<sup>28</sup>.

#### **4.3. Necesarias compensaciones a la restricción del derecho de huelga**

Los empleados públicos privados del derecho de huelga deben beneficiarse de “garantías apropiadas” dirigidas a salvaguardar sus intereses; por ejemplo, negativa del derecho de cierre patronal, o el establecimiento de un procedimiento paritario de conciliación y, cuando la conciliación no logre su finalidad, la creación de un sistema paritario de arbitraje. Efectivamente, en los supuestos de restricción o limitación del derecho de huelga en servicios esenciales, los empleados deben gozar de una protección adecuada, a través de compensaciones, por la vía de favorecer el derecho de las partes en el conflicto a la negociación colectiva, con ayuda de mediadores (independientes) y de mecanismos y procedimientos para promover la negociación colectiva.

El Comité concreta así en relación con las garantías apropiadas en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública que “la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, paritarios, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente”<sup>29</sup>. Estos laudos son de obligado cumplimiento para las

---

<sup>27</sup> Vid., Recopilación de 2006, párrafo 590; 348° informe, Caso núm. 2364, párrafo 122; y 360° informe, Caso núm. 2803, párrafo 340.

<sup>28</sup> Vid., Recopilación de 2006, párrafo 588; 346° informe, Caso núm. 2414, párrafo 18, Caso núm. 1865, párrafo 772; y 351° informe, Caso núm. 2569, párrafo 639.

<sup>29</sup> Vid., párrafo 856.



partes<sup>30</sup> Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir a los miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales que los representan<sup>31</sup>. De otra parte, el Comité precisó que esta recomendación no concierne a la prohibición absoluta del derecho de huelga, sino a la restricción de este derecho en los servicios esenciales o en la función pública (párrafo 861)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> El hecho de que las facultades presupuestarias estén reservadas a la autoridad legislativa no debería tener por consecuencia impedir la aplicación de un laudo dictado por el tribunal de arbitraje obligatorio.

<sup>31</sup> El nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Vid., Recopilación de 2008, párrafo 859 y Recopilación de 2006, párrafo 599.

<sup>32</sup> En lo que respecta a los costes de los servicios de conciliación y de mediación/arbitraje, el Comité opina que, siempre que sean razonables y que no se inhiba la capacidad de las partes, (en particular, las que no cuentan con recursos financieros adecuados de hacer uso de esos servicios) que deban ser asumidos por las partes no implica una violación de la libertad sindical párrafo 862).

# **LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS**

JAIME CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ

*Catedrático Jubilado de Derecho del Trabajo  
y de La Seguridad Social.*

## **SUMARIO:**

- 1. DE LOS ORÍGENES AL RÉGIMEN ESPECIALÍSIMO DE SEGURIDAD SOCIAL**
- 2. CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**
- 3. DEL RDL 13/2012, DE 3 DE DICIEMBRE AL RDL 2/2023 DE 16 DE MARZO**

## 1. DE LOS ORÍGENES AL RÉGIMEN ESPECIALÍSIMO DE SEGURIDAD SOCIAL

En este trabajo pretendemos hacer una reflexión sobre la persistencia de diferentes tipos de protección social de los funcionarios públicos y sobre las diferentes causas que lo explican, aunque desde el uno de enero de 2011, según lo dispuesto por el RDL 13/2010 de 3 de diciembre, se integren en el Régimen General de la Seguridad Social, con importantes especificidades, los nuevos funcionarios públicos que con anterioridad estaban incluidos en el Régimen de Clases Pasivas. Asimismo, consideraremos la permanencia de las diferencias de protección, en ocasiones más favorables a los funcionarios y en otras no, entre funcionarios y trabajadores por cuenta ajena e incluso entre diferentes tipos de funcionarios públicos.

Una de las razones que explican este fenómeno radica en el origen de la protección social de los funcionarios. En efecto, es sabido que los primeros pasos en la protección organizada de las situaciones de necesidad de los trabajadores, superando la etapa de la beneficencia, se producen en el ámbito reducido de los hoy denominados funcionarios públicos. A partir del reinado de Carlos III se crean diferentes Montepíos, militares y civiles, caracterizados por la ausencia no solo de la universalidad objetiva de la protección, sino ni siquiera alcanzando a los diferentes tipos de funcionarios<sup>1</sup>.

Con posterioridad, tras la incautación de los fondos de los Montepíos por el Estado, pasan a ser abonadas las pensiones por el Tesoro, lo que se regula en la Ley de Presupuestos de 1835, aprobados por Real Decreto de 6-7-1835, identificándose como los gastos derivados de las Clases Pasivas del Estado “término de nueva creación que comenzaría a utilizarse para hacer referencia al conjunto de personas que recibían haberes del Tesoro público por servicios anteriormente prestados”<sup>2</sup>, diferentes en su cuantía dependiendo del grupo o categoría de pertenencia y sin extenderse a la totalidad de los funcionarios. Punto clave es la división entre unas prestaciones que se financian por el Estado y que asimismo gestiona, las clases pasivas, y otras a cargo de las diferentes mutualidades y montepíos creados por ministerios, órganos, cuerpos, y escalafones a fin de complementar la deficiente protección del sistema de Clases Pasivas, con desiguales grados dependiendo de la capacidad económica de las diferentes mutualidades, dualidad organizativa y prestacional que todavía permanece. En el año 1926 se aprueba el Estatuto de Clases Pasivas, mediante el Real Decreto de 22-10-1926, limitado a las pensiones de vejez, invalidez y muerte y supervivencia, continuándose con la protección complementaria de las diferentes mutualidades. Hay que resaltar que esta protección se limita a los funcionarios del Estado, excluyendo, entre otros, a los de la Administración Local.

Los funcionarios al servicio de las Corporaciones Locales, Ayuntamientos y Diputaciones sufrieron un proceso similar a los pertenecientes al Estado. Tras los candorosos intentos de protección de las Leyes Municipales de 1870 y 1877, que dejaba en manos de los Ayuntamientos el reconocimiento de los derechos pasivos de su personal, hay que esperar al Estatuto Municipal de 1924 que ordenaba la obligación de pago de los

---

<sup>1</sup> Ver Hernández Bejarano, Macarena, *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*, Bomarzo, Albacete, 2017, págs. 21 y ss, que enumera los distintos Montepíos militares y civiles creados en el Siglo XVIII, su funcionamiento y su cobertura. Ver, asimismo, la doctrina allí recogida. Ver también, Dolz Lago, Manuel-Jesús, *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 59 y ss.

<sup>2</sup> Hernández Bejarano, ob. cit, pág. 26.

derechos pasivos según sus propios Reglamentos, con lo que se produjo una dispersión normativa con importantes diferencias de protección. Tras numerosos intentos de creación de un Montepío que no llegó a nacer, el hecho más importante es la creación, por la Ley 11/1960 de 12 de mayo, de la Mutualidad Nacional de Administración Local, MUNPAL, de corta y azarosa existencia<sup>3</sup>, de la que algunas de sus vicisitudes y su integración en el Régimen General de la Seguridad Social expondremos posteriormente.

Por otra parte, la instauración de las incipientes medidas de protección social para los trabajadores por cuenta ajena desde principios del siglo XX, Ley de accidentes de trabajo, creación del Retiro Obrero, subsidio de maternidad etc., se produce en paralelo a la protección de los funcionarios públicos, normalmente con retraso frente a estos. Durante la segunda república y las primeras décadas del periodo franquista<sup>4</sup>, se produjeron cuantiosos cambios normativos así como la ampliación dispersa de la cobertura, tanto en el ámbito subjetivo como en el prestacional, entre las que destaca la creación del Mutualismo Laboral y del Seguro de Enfermedad, institución esta de gran trascendencia que, como veremos oportunamente, cuenta un elevado número de trabajadores, considerados en la actualidad como personal estatutario o funcionarios especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

Hay que esperar al final de la autarquía y a los intentos modernizadores del régimen franquista, el llamado segundo franquismo, para que se produzca un sustancial avance en materia de seguridad social, al igual que el ocasionado con la promulgación el 24 de abril de 1958 de la limitada ley de Convenios Colectivos Sindicales, aunque siguieran negándose y persiguiéndose la libertad sindical y sus manifestaciones más elementales, así como reprimiéndose a los disidentes. En palabras del Profesor Moradiellos se produjo la paradoja del franquismo, “el régimen político que había interrumpido literalmente durante veinte años el proceso de modernización económica y social iniciado en España a finales del siglo XIX fue a partir de la puesta en marcha del Plan de Estabilización de 1959 su nuevo promotor y patrocinador<sup>5</sup>.”

En esa época se produce la creación de la Mutualidad Nacional de Administración Local, MUNPAL, mediante la Ley 11/1960 de 12 de mayo, en momentos en los que los funcionarios locales estaban mucho menos protegidos que los estatales y contaban con una regulación de los derechos pasivos dispersas y fragmentadas. Su financiación, a cargo de las corporaciones locales y los funcionarios, supuso una elevada carga que llevó a su crisis y a la incorporación, años después, al Régimen General de la Seguridad Social, como veremos oportunamente<sup>6</sup>.

De mucha mayor trascendencia es la promulgación de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre<sup>7</sup>, de Bases de la Seguridad Social que supone el comienzo de la superación

---

<sup>3</sup> Ver por todos, Gallardo Castillo, María Jesús, “Génesis, evolución y posterior integración de la MUNPAL en el Régimen General de la Seguridad Social”, Revista Galega de Administración Pública núm. 46, 2014, págs. 328 y ss.

<sup>4</sup> Ver Hernández Bejarano, ob. cit, pág. 39 y ss.

<sup>5</sup> Moradiellos García, Enrique, *La España de Franco (1939-1975) Política y Sociedad, Madrid, Síntesis, 2000, pág. 135*. En ese contexto, se produce la petición del Consejo de Ministros español, en febrero de 1962, de solicitar la posible vinculación de España con la Comunidad Económica Europea, lo que claramente no podía producirse al faltar los mínimos estándares democráticos.

<sup>6</sup> Ver Gallardo Castillo, ob.cit. pág. 330 y ss, que explica su aprobación y primeros pasos, los intentos frustrados de equiparación con el régimen de los funcionarios civiles del Estado, así como las diferentes vicisitudes por las que pasó durante su complicada existencia.

<sup>7</sup> Precisamente el mismo día en el que se dicta la ley 194/1963 que aprueba el Primer Plan de Desarrollo. En la Ley de Bases de la Seguridad Social, en el Significado y alcance de la reforma, se indicaba que “la revisión del sistema se ha conectado con el Plan de Desarrollo, con el fin de facilitarle uno de sus supuestos esenciales y en la convicción de la estrecha interrelación existente entre el desarrollo económico y el social”.

de un sistema de Previsión y Seguros Sociales, con múltiples y diversos sistemas y grados de aseguramiento, ampliándolo a la totalidad de los trabajadores, incluyendo a los funcionarios. Como se recogía en la justificación y directrices de la ley: “se concibe a ésta (la Seguridad Social) como una tarea nacional que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos; a los sanos, respecto de los enfermos; a los ocupados, respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos, respecto de las familias de los fallecidos, a los que no tienen cargas familiares, respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos”. Uno de los cambios fundamentales de la ley fue la desaparición del ánimo de lucro<sup>8</sup>, habiendo sido hasta ese momento especialmente activas las compañías aseguradoras en la gestión de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Su oposición retrasó tanto la aprobación del texto articulado, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, como impidió la articulación de la ley en toda su extensión<sup>9</sup>. Por lo que se refiere a los funcionarios públicos, en un contexto en el que la ley configuraba un Régimen General, para la mayoría de los trabajadores por cuenta ajena y distintos Regímenes Especiales para los pertenecientes a distintas actividades que por diversas razones, fundamentalmente económicas, sería problemática su integración en el Régimen General. La integración contaba, además, con la oposición de numerosos cuerpos de funcionarios por distintas razones corporativas e incluso clasistas.

En la Base 2ª de la ley se incorporaban al sistema: f) Funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación, mientras que en la Base 3ª, se recogía su reconocimiento como Regímenes Especiales. Sin embargo, la Disposición Adicional Única dispuso que “queda exceptuado de lo previsto en el artículo segundo de esta Ley la ordenación de la Seguridad Social de los funcionarios públicos civiles y militares, cuyo régimen de desarrollo será objeto de ley o leyes especiales”. Por tanto, se integraban, pero con una regulación propia, calificándose por el Profesor Alonso Olea como “especialísima”, “dudándose ... que las reglas básicas de Seguridad Social sirvieran como programática o inspiradora respecto de los funcionarios, salvo en un sentido amplio y general”.

La separación se mantuvo en la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 215/1964, de 7 de febrero, que disponía en su artículo 67.2 que “el régimen de seguridad social de los funcionarios será el que se establezca por ley especial”, al igual que en el artículo 1.2 del texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril que remitía a futuras leyes especiales que regularán la seguridad social de los funcionarios. De todas formas, en su artículo 7.1.f) consideraba comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social a los “f) Funcionarios públicos, civiles y militares, en cualquier situación, en los términos que se señalen en la Ley o Leyes especiales a ellos referentes”.

Mientras se producía la esperada normativa especial, continuaba la protección específica de los funcionarios del Estado a través de una triple vía. En primer lugar mediante el sistema de clases pasivas, regulado mediante el texto refundido de veintiuno

---

<sup>8</sup> Como se indicaba en la justificación y directrices de la ley: “resulta aconsejable dar un paso que, sin duda, es de trascendencia fundamental: la prohibición terminante de actuar en el terreno de la Seguridad Social, obteniendo o buscando un lucro mercantil. La Ley afronta el impacto de la medida y, dispuesta a subordinar los intereses privados y singulares al interés público y común, encomienda la gestión de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, con la acción rectora y coordinadora de una entidad general, a entidades mutualistas, para acabar de este modo con el criterio discriminatorio en la cobertura de los siniestros, en pugna con el espíritu social inexcusable de este ordenamiento, y con el encarecimiento de la gestión misma”.

<sup>9</sup> Citado por Hernández Bejarano, ob. cit. pág. 47 y bibliografía allí citada.

de abril de 1966, reformado en parte por la Ley 19/1974, de veintisiete de julio, financiado por el propio Estado, ya que se consideraban los haberes pasivos como una continuación de los percibidos en activo de los que traían su causa. En segundo lugar, continuaba la protección complementaria a través de las múltiples mutualidades civiles y militares, siendo el sistema de la ayuda familiar, en vigor desde 1954, el tercer puntal de la protección.

Hay que esperar al año 1975, tras la aprobación del primer Texto Refundido de La Ley General de la Seguridad Social por el Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, que volvía a considerar incluidos dentro de la Seguridad Social a los funcionarios como regímenes especiales con regulación propia (art.10.2.d), para que se produjera la tan esperada regulación, lo que llevó a cabo la Ley 29/1975 de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado<sup>10</sup>. La normativa continuaba con la triple protección anterior, remitiéndose a sus normas específicas por lo que respecta a las clases pasivas y a la ayuda familiar, que estuvo en vigor hasta 1991 cuando se sustituyó por la prestación por hijo a cargo<sup>11</sup>, regulándose exclusivamente por esta ley el que denomina Mutualismo Administrativo, que se gestionará y prestará a través de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, MUFACE, dependiente de la Presidencia del Gobierno. No se produce por tanto la integración en el Régimen General, aunque se recoge el llamado ideal de cobertura del sistema de Seguridad Social, salvo la protección por desempleo por innecesaria dadas las condiciones de la relación funcional, lo que ocurre, en realidad, es que se continúa y perfecciona el régimen de las clases pasivas mediante técnicas mutualistas.

Una de las razones esgrimidas para la nueva regulación era la escasa protección en materia de asistencia sanitaria de los funcionarios civiles del estado<sup>12</sup>, lo que era cierto pero se podía haber solucionado mediante la integración en el Régimen General o mediante concierto con la entidad gestora de dicha prestación, teniendo en cuenta que la DF 11ª de la ley 24/1972, de 25 de junio, había dejado sin efecto la exclusión de los titulados superiores de la prestación de asistencia sanitaria que el artículo 83 de la Ley de Seguridad Social de 1966 establecía. Sin embargo, el artículo 19 de la ley disponía que la asistencia sanitaria se facilitaría por MUFACE, “bien directamente o por concierto con otras Entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con Instituciones de la Seguridad Social”. Esta preferencia no se ha observado y no se excluye el ánimo de lucro en los establecimientos privados como se había hecho en el año 1963 con las compañías aseguradoras en materia de accidentes de trabajo.

La creación de MUFACE facilitó la integración en ella del sin fin de mutualidades existentes en el momento<sup>13</sup>, así como de sus bienes y derechos poniendo orden y garantizando las prestaciones reconocidas con anterioridad. Integró a todos los funcionarios civiles del Estado, excluyendo a los funcionarios de la Administración

<sup>10</sup> La Ley 28/1975, de 27 de junio estableció el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Por su parte, la DA 2ª de la Ley 29/1975 dispuso que la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia se regularía en una Ley especial, adaptada a las directrices de la citada Ley y en régimen de mutualismo, a través de una Mutualidad de Funcionarios de la Administración de Justicia.

<sup>11</sup> La DA 19ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, suprimió la Ayuda Familiar de los funcionarios públicos, reconociendo en su lugar la prestación por hijo a cargo, regulada en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre y en sus normas de desarrollo.

<sup>12</sup> Ver Hernández Bejarano, ob. cit. pág. 54, que recoge unas palabras pronunciadas por el Ministro de la Presidencia, Carro Martínez, cuantificando, en materia de asistencia sanitaria, el débil porcentaje de protección de los funcionarios civiles del estado del momento.

<sup>13</sup> Ver Hernández Bejarano, ob. cit. pág. 53.

Local, Organismos autónomos, Administración Militar y al servicio de la Administración de Justicia, para los que se instituyeron entidades propias<sup>14</sup>. Su financiación se basaba en aportaciones de los funcionarios y el Estado en unos porcentajes pequeños, pero contaba con cuantiosas subvenciones vía presupuestos generales del Estado.

## 2. CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Nuestra Constitución, en su artículo 41, garantiza que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, superando con este principio de generalidad objetiva la limitación anterior de un sistema exclusivamente profesional. Por otra parte, el artículo 103.3 CE solo hace referencia a que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, sin que pueda inducirse que tenga que existir necesariamente un régimen propio de seguridad social o que esté sometido a principios específicos.

Por otra parte, la Constitución sienta las bases del Estado del Bienestar; constituido básicamente por sanidad, educación y protección social, lo que incluye las pensiones, rentas mínimas y ayuda a las familias, que comienza a desarrollarse lentamente, superando las limitadas funciones del antiguo estado decimonónico, convirtiéndose en gran medida las Administraciones en prestadoras de servicios. Asimismo la Constitución crea el llamado Estado de las Autonomías, con importantes competencias en esta materia, tanto las incluidas en el artículo 148 CE como las posteriormente transferidas por el Estado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.2. La ampliación de las competencias del estado y las nuevas administraciones precisan de un aumento sustancial de servidores públicos que, en gran medida, van a depender de las nuevas Comunidades Autónomas.

El proceso es lento y comienza transfiriéndose a las Comunidades Autónomas competencias y a la vez los funcionarios de la Administración General del Estado que las gestionaban, siéndoles respetados los derechos de cualquier orden que les correspondieran en el momento del traspaso<sup>15</sup>. Por tanto, continuaban afiliados al Régimen Especial de Funcionarios Públicos. A la vez, se dispone la posibilidad de la creación de Cuerpos o Escalas de funcionarios por las Comunidades Autónomas que se hará mediante ley de sus respectivas Asambleas legislativas<sup>16</sup>.

Por su parte, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, contiene una serie de normas de especial trascendencia. Como un comienzo de la tendencia a la homogeneización entre regímenes, el artículo 32.6 establecía que la determinación de la condición de beneficiario de asistencia sanitaria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos se adecuará a lo dispuesto para el Régimen General. En contraposición, su Disposición Adicional Tercera 2 y 3, disponía que a los funcionarios en prácticas y a los de nuevo ingreso de las Comunidades

<sup>14</sup> De esta forma se crearon el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, ISFAS, mediante la ley 28/1975 de 27 de junio y la Mutualidad de los Funcionarios de la Administración de Justicia, MUGEJU, por el RDL 16/1978, de 7 de junio, ambos con funciones similares a MUFACE. Los funcionarios de administración local continuaron integrados en la Mumpal.

<sup>15</sup> Ver artículo 24.2 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, que disponía: "Los funcionarios estatales transferidos a las Comunidades Autónomas continuarán perteneciendo a sus Cuerpos o Escalas de origen y tendrán los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondan a los funcionarios de dichos Cuerpos o Escalas que estén en servicio activo".

<sup>16</sup> Ver artículo 27 de la Ley 12/1983 citada.

Autónomas, así como a los altos cargos que no sean funcionarios públicos, les será aplicable el Régimen General de la Seguridad Social. Esta dicotomía posible de afiliación de los funcionarios chocaba y choca frontalmente con la justificación de la existencia de los regímenes especiales de funcionarios que, sin retrotraernos a los inicios, mantenía en su artículo 10.1 la Ley de Seguridad Social de 1974 y sigue manteniendo la Ley de 2015<sup>17</sup>.

Por el contrario, los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas continuarían con el sistema de Seguridad Social o de previsión que tuvieran originariamente, asumiendo las Comunidades Autónomas todas las obligaciones del Estado o de la Corporación Local correspondiente en relación con los mismos.

La solución al problema era adecuada, ya que al ser por cuenta exclusiva del Estado las obligaciones de pago de las pensiones de clases pasivas, no sería lógico ni sensato cargar con las pensiones de los funcionarios de las Comunidades Autónomas. Pero la propia Ley 30/1984<sup>18</sup>, creó un nuevo problema al considerar como Cuerpos Estatales algunos de los más numerosos y que estaban empezando a ser transferidos, por haberlo sido los servicios que prestaban competencia de las Comunidades Autónomas. Es el caso de los diferentes cuerpos de profesores de la docencia no universitaria, en continua expansión, que en el año 2022 suponían el 36'51% del sector público de las comunidades autónomas<sup>19</sup>. Las razones de la medida tienen la finalidad de garantizar el marco común básico de la Función pública docente en cuanto al ingreso y la movilidad de los diferentes los cuerpos entre las comunidades mediante concursos de traslados, pero no deja de ser una paradoja que el sistema de ingreso en la Función pública docente sea el de concurso-oposición convocado por las respectivas administraciones educativas autonómicas mientras que al ser cuerpos estatales los funcionarios son nombrados por el Ministerio de Educación. Por todo ello, un porcentaje importante de funcionarios al servicio de las comunidades autónomas pertenecen a clases pasivas, o en el supuesto de los ingresados a partir del año 2011, al régimen general con la importante salvedad de que muchas de las prestaciones son gestionadas por Muface como veremos oportunamente.

El Régimen de Clases Pasivas no se ponía en cuestión aunque estaba necesitado de refundición, que, tras varias prórrogas de la autorización al Gobierno para ello por la DF 5ª de la Ley 50/1984 de 30 de diciembre, se llevó a cabo mediante el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, todavía en vigor con múltiples modificaciones. De la misma forma, con posterioridad, se procedió a refundir la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, mediante el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, vigente en la actualidad con reformas<sup>20</sup>.

Hay que reseñar la desaparición de la MUMPAL, la mutualidad de los funcionarios locales, que se produjo mediante su integración en el Régimen General de la Seguridad

---

<sup>17</sup> Textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social, aprobados respectivamente por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, cuyo artículo 10.1 continúa diciendo: "Se establecerán regímenes especiales e integración en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social".

<sup>18</sup> La citada Ley 30/1984 llevó a cabo una importante tarea de racionalización, modernización creación de nuevos cuerpos de funcionarios e integración de la multitud que existían en la administración civil del estado.

<sup>19</sup> En el año 2022, la docencia universitaria, que incluye un número elevado de profesorado no funcionario y de personal de administración y servicios afiliados al Régimen General de la Seguridad Social, suponía un 9'94% del sector público de las comunidades autónomas.

<sup>20</sup> Por su parte el RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio, aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, mientras que el RD Legislativo 3/2000, de 23 de junio, hizo lo propio con el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.



Social por el RD 480/1993, de 2 de abril<sup>21</sup>, con todos sus activos y pasivos, solución adoptada por evidentes razones económicas dada la diferencia entre gastos y recaudaciones reales, con importantes retenciones por algunos colectivos de afectados<sup>22</sup>. Dicha integración contaba con una especialidad ciertamente premonitoria, como es la solución adoptada en cuanto al riesgo de la asistencia sanitaria. En efecto, el artículo 6 del citado Real Decreto disponía que las prestaciones de asistencia sanitaria y de incapacidad laboral transitoria se concederán al personal activo en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General de la Seguridad Social, RGSS. Aunque la DT 5ª<sup>2</sup>. posibilitaba que las Corporaciones Locales cuyo personal viniera recibiendo la asistencia sanitaria en la fecha de la integración con medios ajenos mediante concierto con entidades privadas, mutualidad, hermandad, concierto con medios propios de otras Corporaciones o fórmulas mixtas, podrían continuar recibiendo la asistencia sanitaria con la modalidad que tuvieran en la fecha de la integración con algún requisito adicional<sup>23</sup>. La opción no tenía un carácter permanente pudiendo el órgano de gobierno de la administración local, cuando lo permitiera el contrato suscrito con la entidad aseguradora, aprobar la incorporación de sus funcionarios al RGSS. Así lo considera, de forma taxativa la STS, Sala 4ª, de 15/03/2004, que recuerda el carácter estatutario del régimen de los funcionarios y afirma que “entre los derechos comprendidos en ese estatuto no se encuentra el recibir de una determinada manera la prestación médica-farmacéutica”, solo se tiene derecho a la propia prestación.

En los primeros años noventa del siglo pasado la Seguridad Social registraba déficits crecientes<sup>24</sup>, y con la finalidad de analizar sus problemas estructurales y de las reformas que se debían acometer, mediante la elaboración de un Informe con Recomendaciones al Gobierno, se constituyó en el Congreso una Ponencia, la posteriormente llamada del Pacto de Toledo. Como punto muy importante se trataba de sacar las pensiones del debate partidista, conservando el consenso lo más amplio posible por lo que se refiere a las reformas, solo parcialmente conseguido, al que deberían unirse las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

El Informe, que fue aprobado por el Pleno del Congreso el 6 de abril de 1995, llevó a cabo un riguroso análisis de la evolución del sistema de la Seguridad Social, su financiación, gastos, factores futuros que pueden incidir en ella y otros. No contiene ninguna mención ni a las clases pasivas ni al régimen especial de los funcionarios públicos. De igual forma, elevó un total de 15 Recomendaciones, dedicada la Sexta a la Simplificación e integración de Regímenes Especiales, recomendando la reducción gradual de regímenes y la plena homogeneización del sistema público de pensiones, debiendo converger todos en el régimen de los trabajadores por cuenta ajena o en el de trabajadores por cuenta propia. Se prevén peculiaridades específicas y objetivas para algunos colectivos, marítimo-pesquero y minería del carbón, sin hacer ninguna mención a los funcionarios públicos<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Las DDTT 3ª de las Leyes 31/1991, de 30 de diciembre de PGE para 1992 y 39/1992, de 29 de diciembre, de PGE para 1993, autorizaban al Gobierno para la integración de los funcionarios de la administración local en el Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>22</sup> Como sostiene Gallardo Castillo, Mª Jesús, ob cit. pág. 337 “ya se encontraba clínicamente muerta desde hacía tiempo por evidente causa de la inanición económica que se vio obligada a soportar durante nada menos que la mitad de sus treinta años de vida”, que explica los avatares de la integración.

<sup>23</sup> Siempre que, antes del 30 de abril de 1993, previa consulta a las Organizaciones Sindicales más representativas, y por acuerdo expreso del Pleno de estas u órgano de representación similar, así lo decidan.

<sup>24</sup> La situación era especialmente grave en el caso de algunos regímenes especiales, en situación de quiebra evitada por la asunción de sus déficits por el régimen general.

<sup>25</sup> Se hacía también mención expresa de los trabajadores eventuales del campo, hoy encuadrados como Sistema Especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

En aplicación del Pacto de Toledo y producido un cambio de gobierno, comienzan los acuerdos tripartitos entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas con el gobierno para proponer modificaciones consensuadas en las reformas de la Seguridad Social, la que se llamó “Concertación Social”. De esta forma se suscribe el 9 de octubre de 1996, el “Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, que únicamente hace referencia, en lo que ahora nos afecta, a la realización de estudios sobre la convergencia entre regímenes sin mención al de funcionarios públicos. Con posterioridad se firma, el 9 de abril de 2001, el “Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social”, en el que tampoco se encuentran propuesta de medidas sobre la cuestión<sup>26</sup>.

En el año 2003 se llevó a cabo la renovación del Pacto de Toledo, de ese modo el 30 de septiembre, el Congreso aprobó el Informe sobre el seguimiento y actualización de las recomendaciones del Pacto de 1995, tras reenumerar la anterior sexta que se convierte en la cuarta y añadir otras cinco sin que exista mención directa al sistema de clases pasivas. En desarrollo de dichas recomendaciones, se aprueba por el Gobierno y, por primera vez, todos los interlocutores sociales, el 13 de julio de 2006 el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, que tampoco contiene ninguna referencia sobre el asunto que nos atañe.

Pese a la ignorancia del problema por parte de los gobiernos y los actores sociales, la doctrina sí se había mostrado favorable a la integración en el Régimen General de todos los funcionarios, sobre todo teniendo en cuenta que muchos de ellos ya lo habían hecho a partir de la implementación de las Comunidades Autónomas. Así se ha sostenido la integración en el Régimen General al no existir “obstáculos técnicos, derivados de la naturaleza del trabajo o del tipo de vínculo de servicios con la Administración Pública, que se opongan a esta integración”<sup>27</sup>. Igualmente, se ha sostenido que, en la integración de los Regímenes Especiales en el RGSS, “uno de los mayores obstáculos a sortear vendrá dado por la desaparición del Sistema propio o Régimen “externo” de los funcionarios públicos considerado por algunos como una reliquia de otros tiempos, pero también férreamente defendido por firmes y poderosos intereses corporativos”. También, que las diferencias distan de ser insalvables y “ser técnicamente factible, financieramente soportable y de todo punto recomendable para evitar tratos diferenciados carentes de cualquier justificación en la actualidad”<sup>28</sup>.

En la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP, simplemente se encuentra una mención en orden la presentación por el Gobierno al Congreso, de un estudio para evitar la discriminación entre funcionarios con características similares y a la conveniencia de extender la jubilación anticipada a determinados colectivos. Esta disposición se repite en el Texto Refundido del EBEP vigente, aprobado por el RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre<sup>29</sup>.

De igual forma y con el mismo grado de incumplimiento hasta el momento, en la DA 62ª de la Ley2/2008, de 23 de diciembre de PGE para 2009, se disponía que el Gobierno

<sup>26</sup> El primero de ellos no fue firmado por los representantes empresariales, el segundo no lo suscribió UGT. Ver por todos, el informe de Tortuero Plaza, José Luis, Director, “La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo”, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011. Explica, entre otras muchas cuestiones, los distintos Acuerdos sociales y las reformas legislativas que se produjeron hasta esa fecha.

<sup>27</sup> Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S., “Las pensiones de los funcionarios públicos en España”, Fundación Mapfre, Madrid, pág. 48, citado por Hernández Bejarano, Macarena, ob. cit. pág. 62.

<sup>28</sup> Ver “Las vías de integración y racionalización de los Regímenes Especiales”, Fernández Domínguez J.J. y Martínez Barroso, M.R., Directores, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pág. 39 y ss. y bibliografía allí citada.

<sup>29</sup> “Disposición adicional sexta. Jubilación de los funcionarios. El Gobierno presentará en el Congreso de los

propondría medidas legales para continuar el proceso de armonización de las Clases Pasivas del Estado con el RGSS<sup>30</sup>.

El 22 de abril de 2008, se creó la nueva Comisión del Pacto de Toledo, que, tras numerosas reuniones y comparecencias, redactó un Informe de Evaluación y Reforma con 21 Recomendaciones, en la cuarta de ellas se hacía una prudente recomendación llamando al avance de convergencia y armonización del Régimen General y el de Clases Pasivas<sup>31</sup>. El Informe se aprobó por la Comisión el 29 de diciembre de 2010, mientras que el Pleno del Congreso lo aprobó el 25 de enero de 2011, tras un trámite de enmiendas<sup>32</sup>. El proceso es pintoresco, porque el 3 de diciembre de 2010, se había aprobado y publicado en el BOE del mismo día, el RDL 13/2010, con el pomposo título de “actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizador para fomentar la inversión y la creación de empleo”, en cuyo artículo 20, hoy refundido como DA 3<sup>a</sup> por el RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba la LGSS, se cerró la incorporación de nuevos funcionarios al régimen de clases pasivas.

### 3. DEL RDL 13/2010, DE 3 DE DICIEMBRE; AL RDL 2/2023, DE 16 DE MARZO

Como ya tuvimos ocasión de comentar<sup>33</sup>, con la aprobación del RDL 13/2010 se cerró la incorporación de nuevos funcionarios al régimen de clases pasivas. Aquellos que cumplieran los requisitos del art. 2.1 de la Ley de Clases Pasivas, pasarían a formar parte del régimen general de la seguridad social a los solos efectos de las pensiones, continuando la protección del mutualismo administrativo al resto de las prestaciones. Aunque en la Exposición de Motivos del RDL 13/2010 se indicaba “que con esta medida se simplifica y armonizan los actuales sistemas de pensiones públicas”, la razón real estribaba en lo que se reconoce paladinamente en dicho EM “y lo que en el contexto actual es más relevante, se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social, y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que propiciará una mayor estabilidad del sistema público de protección social, mediante el establecimiento de un único sistema contributivo y de reparto de pensiones”. Evidentemente aumentan los ingresos a la Seguridad Social, pero ni se simplifica ni se armoniza la protección al continuar con el mismo alcance los riesgos gestionados por las respectivas mutualidades de funcionarios. De esta forma se perpetúan los “privilegios”, o así se consideran, de

---

Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”. En el EBEP de 2015, del mismo tenor literal, se renumera como DA 5<sup>a</sup>.

<sup>30</sup> “Sexagésima segunda. Armonización de Regímenes de los Funcionarios Públicos. El Gobierno, previa negociación con las Organizaciones Sindicales en la Mesa del Diálogo Social existente para el seguimiento y desarrollo del Pacto de Toledo, propondrá en el plazo de seis meses las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social”.

<sup>31</sup> “La Comisión está a favor de que se avance en el proceso de convergencia y armonización entre el Régimen General y el Régimen de Clases Pasivas, que deberá hacerse de manera gradual y sin afectar a expectativas de derecho, ni a derechos legítimamente adquiridos”.

<sup>32</sup> En dicho trámite de enmiendas el Grupo Parlamentario Mixto, a instancias de Unión, Progreso y Democracia, tras sugerir que lo más acertado sería decir que el Sistema de Clases Pasivas se acerque al Régimen General, hace constar que “las últimas y crecientes decisiones tomadas por el Gobierno de España (también al margen del Pacto de Toledo) de no continuar con la entrada de nuevos funcionarios en el Sistema de Clases Pasivas ... hace necesario que se clarifique el futuro de sus actuales afiliados con el respeto de sus derechos adquiridos y en trance de adquisición, a tal efecto se debería de incluir en el informe”. La enmienda fue rechazada.

<sup>33</sup> Ver Prólogo a Hernández Bejarano, ob. cit. pág. 10.

algunos funcionarios, respecto a aquellos no comprendidos en el art. 2.1 de la Ley de Clases Pasivas, al igual que ocurre con los trabajadores comunes.

Por otra parte, ni siquiera se convierte el Régimen de Clases Pasivas en un sistema a extinguir por completo, ya que de acuerdo con el artículo 20.uno.1. del RDL 3/2010, la inclusión futura en el Régimen General no les afecta a las personas incluidas en la letra i) del RDLeg. 670/1987, que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.dos segundo párrafo, sus derechos pasivos, en propio favor o en el de sus familiares, continuarán rigiéndose por la normativa reguladora del Régimen de Clases Pasivas del Estado<sup>34</sup>.

Por lo que se refiere al RDL 13/2010, hay que destacar su anticonstitucionalidad parcial por lo que atañe a su artículo 20. En efecto, no de todo su contenido puede predicarse la “extraordinaria y urgente necesidad”, ya que se trata de un Decreto Ley ómnibus, que contiene normas muy variadas además de las que eran su objetivo prioritario, esas sí urgentes; solucionar el conflicto de los controladores aéreos y modernizar el sistema aeroportuario debido a la grave conflictividad existente en aquel momento. Es sobradamente conocida la doctrina sobre el uso adecuado del Decreto Ley por lo que se refiere a la extraordinaria y urgente necesidad, por todas, la STC 111/2021, de 13 de mayo en relación con el RDL 15/2020, de 20 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, en el que se incluyó un cambio en la gestión de las clases pasivas. El Tribunal Constitucional, FJ 6º, “no aprecia que las disposiciones impugnadas guarden conexión de sentido alguna, conforme a nuestra reiterada doctrina, con esta causa común o general de extraordinaria y urgente necesidad que llevó a la adopción del Real Decreto-ley 15/2020.... No se alcanza a comprender qué razonable conexión de sentido pudiera existir entre las consecuencias sociales y económicas provocadas a raíz de la pandemia del COVID-19 y la reorganización administrativa del régimen de clases pasivas”.

La justificación de la extraordinaria y urgente necesidad del RDL 13/2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, la basaba la Exposición de Motivos en aumentar la confianza de los mercados<sup>35</sup>, sin que pueda discernirse en qué puede aumentar su confianza el aumento de la afiliación al RGSS en algunos cientos de funcionarios. Podría considerarse, que el artículo 20 del RDL citado contara con un presupuesto habilitante específico y distinto que el explicitado por el Gobierno para la norma en su conjunto, lo que no ha ocurrido en este caso. Es procedente traer aquí a colación la cita de la STC 68/2007, de 28 de marzo, que declaró inconstitucional, por no considerar acreditada la extraordinaria y urgente necesidad, el RDL 5/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad<sup>36</sup>. El TC, FJ 10º, afirma que “es lo cierto que hemos exigido la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien

<sup>34</sup> El artículo 2 i) se refiere a: Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el artículo 51 de ese texto. A saber, los ex Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, los ex Presidentes del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo General del Poder Judicial, así como los ex Presidentes del Tribunal Constitucional y los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado.

<sup>35</sup> Continúa “por esa razón resulta de extraordinaria y urgente necesidad actuar sobre los elementos que fundamentan esa confianza, y hacerlo de modo que sus efectos sean lo más inmediatos posibles, incidiendo especialmente en el impulso al crecimiento y la generación de nuevas actividades empresariales, así como en el apoyo a su mayor representatividad”.

<sup>36</sup> El RDL 5/2002 fue derogado, y modificado sustancialmente, por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, tras su tramitación como Ley de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución.

sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia”. Ninguna de esas notas puede predicarse del artículo 20 del RDL citado.

Hay que tener en cuenta que el RDL 13/2010 fue convalidado por el Congreso el 14 de diciembre de 2010, BOE del 21, mientras que, como hemos expuesto anteriormente, la Comisión del Pacto de Toledo aprobó su Informe en Comisión el 29 de diciembre de 2010, mientras que el Pleno del Congreso lo aprobó el 25 de enero de 2011, sin hacer ninguna mención al RDL aprobado y recomendando exclusivamente avanzar en el proceso de convergencia y armonización entre el Régimen General y el Régimen de Clases Pasivas.

Como hemos visto, coexisten en la actualidad en materia de protección social tres tipos de funcionarios públicos, en primer lugar aquellos integrados en el régimen general de la seguridad social a todos los efectos; en segundo lugar aquellos que se encuentran relacionados en el art. 2.1 de la ley de clases pasivas, cuya protección en materia de vejez, invalidez y muerte y supervivencia la lleva a cabo el sistema de clases pasivas y el resto de la protección está a cargo de las tres mutualidades de funcionarios, Muface, Isfas y Mugeju, con carácter a extinguir ya que no se incorporan nuevos funcionarios; en tercer lugar, aquellos de nuevo ingreso mencionados en el art. 2.1 de la ley de clases pasivas, que se encuadran en el régimen general a efectos de pensiones, con algunas especificidades, mientras que el resto de prestaciones, fundamentalmente asistencia sanitaria e incapacidad temporal, están gestionadas por las tres mutualidades de funcionarios con el mismo régimen que aquellos relacionados en segundo lugar<sup>37</sup>.

El escenario, por tanto, ha empeorado ya que se ha producido otra división entre los funcionarios, tan injustificada como ajena a una gestión eficaz al igual que la situación anterior. Hubiera sido posible la integración completa de los nuevos funcionarios en el régimen general, ya que por definición son relativamente escasos cada año, pero intereses de todo tipo, corporativos y sobre todo económicos, han primado.

Hay que hacer constar que, con esta exclusión de la protección a los nuevos funcionarios del régimen de clases pasivas, el beneficiario final, aunque tardío, es el Estado, ya que desaparece para el futuro la carga de abonar las pensiones de los nuevos funcionarios. Por el contrario, los perjudicados han sido las distintas Comunidades Autónomas, que con el sistema anterior evitaban pagar las cotizaciones empresariales del Régimen General de la Seguridad Social a un porcentaje importante de sus funcionarios. Desde el año 2010, disminuyen paulatinamente los funcionarios adscritos a clases pasivas fundamentalmente por jubilación, calculando su desaparición en el año 2053<sup>38</sup>, mientras que aumentan los funcionarios adscritos al RGSS por la reposición de efectivos, bien mediante su integración completa o mediante la dualidad RGSS y Mutualidades, pero siendo las cuotas patronales a costa de las administraciones autonómicas.

---

<sup>37</sup> Ver por todos, pormenorizadamente, Hernández Bejarano, ob. cit. pág. 64 y ss.

<sup>38</sup> Ver Berraquero Escribano, Iván, “La supresión de las clases pasivas. Implicaciones a largo plazo para las comunidades autónomas”, Auditoría Pública nº 74, 2019, pág. 123 y ss. Estudia el ahorro que está obteniendo anualmente la Comunidad Autónoma de Aragón por disponer de funcionarios sujetos a clases pasivas, cuantificando asimismo el incremento esperado de los costes por cuota patronal en las próximas décadas al sustituir a los jubilados de clases pasivas por acogidos al RGSS. La Cámara de Cuentas de Aragón estima que los funcionarios adscritos a clases pasivas en 2018, representaban el 18’1% del total de empleados públicos de la Administración y sus organismos autónomos, de los que el 82% pertenecían a cuerpos docentes, calculando un ahorro de 86’2 millones de euros solo en concepto de contingencias comunes en dicho año, teniendo en cuenta que ha disminuido el número de efectivos afectados paulatinamente. Entre los años 1998-2018 estiman ahorrado una cantidad cercana a los 1.550 millones de euros sólo para el conjunto de los funcionarios docentes, aumentando en otros 200 millones considerando el resto de los colectivos, pág. 129. Los datos son extrapolables a todas las Comunidades Autónomas.

Una cuestión importante a plantear es si la afiliación a dos regímenes diferentes de seguridad social, clases pasivas y régimen general, de funcionarios que incluso pertenezcan al mismo cuerpo, puede vulnerar el derecho de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sosteniendo que el art. 14 CE no alcanza necesariamente a corregir las diferencias existentes entre los diversos regímenes que integran la Seguridad Social<sup>39</sup>. Además, los ATC 72/2020 y ATC 124/2020 del Pleno, que inadmiten a trámite cuestiones de inconstitucionalidad sobre la diferente regulación legal de la pensión de orfandad en el RGSS y en el de Clases Pasivas, consideran que “en este caso, no es posible afirmar que la diferencia de tratamiento esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable, pues nos encontramos ante una reforma completa del régimen de protección hasta ese momento existente y mediante la que se decide que aquellos funcionarios que venían disfrutando del régimen de protección previo, el régimen de clases pasivas, permanezcan en el mismo, ingresando los nuevos funcionarios en el nuevo régimen, el general de la Seguridad Social”.... “Por lo demás, hemos señalado también que la consideración de los términos comparativos entre regímenes diversos habrá de hacerse en todo caso en su conjunto y no por las consecuencias individualizadas, más o menos beneficiosas, que en cada caso tenga la aplicación de uno y otro régimen (ATC 42/1990, de 29 de enero, FJ 2).”<sup>40</sup> ... “Por tanto, cabe concluir que no es posible alegar discriminación como resultado de la comparación de concretas y singularizadas prestaciones de regímenes distintos de Seguridad Social, dado que no son términos homogéneos de comparación y en todo caso, la consideración de los términos comparativos ha de hacerse en su conjunto y no por las consecuencias individualizadas, más o menos beneficiosas, que en cada caso tenga la aplicación de uno u otro régimen”.

Por lo expuesto anteriormente, no puede ser considerado inconstitucional ni el tratamiento desigual de prestaciones concretas entre diferentes regímenes, ni la pertenencia a uno u otro régimen si el tiempo de acceso de los funcionarios a los diferentes cuerpos ha sido diferente y por voluntad de la ley han sido encuadrados en distintos regímenes.

Una característica a remarcar del Régimen de Clases Pasivas es el de su opacidad parcial. No existen estadísticas accesibles del número de afiliados en alta en el Régimen de Clases Pasivas, ni diferenciadas de los afiliados al RGSS y que pertenecen a las distintas Mutualidades en las correspondientes estadísticas del Régimen General, pero

---

<sup>39</sup> Ver por todos ATC 72/2020 y ATC 124/2020 del Pleno, que inadmiten a trámite cuestiones de inconstitucionalidad sobre la diferente regulación legal de la pensión de orfandad en el RGSS y en el de Clases Pasivas. El TC considera que “como ha subrayado este tribunal en su STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, “no son términos homogéneos de comparación, a efectos de lo dispuesto en el art. 14 CE, regímenes de la Seguridad Social distintos (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 2; 184/1993, de 31 de mayo, FJ 2)”, pues “las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativos distintos constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato” (STC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8).

<sup>40</sup> “Ciertamente la pensión de orfandad está regulada de manera diferenciada en uno y otro régimen, pero como también lo están otras situaciones como puede ser, por ejemplo, la edad de jubilación. En efecto la regulación de la edad de jubilación es más favorable en el régimen de clases pasivas que en el régimen general de la Seguridad Social, pues el primero permite la jubilación de carácter voluntario siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado. La consideración de los términos comparativos entre regímenes diversos habría de hacerse, en todo caso, en su conjunto y no por las consecuencias individualizadas, más o menos beneficiosas, que en cada caso tenga la aplicación de uno y otro régimen (ATC 42/1990)” ... “Se trata, en definitiva, de la articulación legal de diferentes “sistemas de protección”, caracterizados por sus propios principios configuradores, que justifican y determinan su diverso alcance protector, también en cuanto a la determinación legal de los sujetos a los que se extiende la cobertura del sistema, que se inscriben dentro del amplio margen de configuración legal de que goza el legislador, sin que por tal motivo pueda advertirse incompatibilidad con el derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 CE”.

por el contrario si se especifica en éstas el número de Cuidadores no Profesionales. Para acercarnos a la cifra de afiliados, con todas las salvedades, podemos acudir a las Memorias del año 2021 de las tres Mutualidades que, si contienen los datos de afiliación y calcularlos, aunque sin diferenciar los que pertenecen al Régimen General o al de Clases Pasivas: Muface tiene 619.817 “mutualistas en activo o asimilado”, Isfas 230.127 “titulares cotizantes” y Mugeju 48.678 “titulares activos”. El total de afiliados en activo de las tres Mutualidades asciende a 898.622, de los que el 68’97% pertenece a MUFACE.

Por el contrario, se conocen las estadísticas de las pensiones abonadas, que no la de pensionistas ya que pueden lucrarse más de una pensión compatible; 694.526 en marzo de 2023, de ellas 426.954 jubilados civiles de legislación nueva (posterior a 1/1/1985), que suponen el 61’47% de pensiones y 78.469 retirados militares del mismo tipo, el 12’36%, lo que suma un total del 73’83%, correspondiendo el resto a funcionarios de legislaciones anteriores, familiares y otras prestaciones e indemnizaciones que se han ido incluyendo en clases pasivas. Se observa un aumento de las prestaciones de los jubilados civiles nuevos, ya que en marzo de 2014 suponían 278.438 pensiones, de un total de 611.209, disminuyendo las pensiones antiguas.

Para el año 2023, en los Presupuestos Generales del Estado, están previstos, Orgánica 07, 20.499.792.000’31 euros para el pago de dichas prestaciones. Actualmente, tras su adscripción tradicional al Ministerio de Hacienda, su reconocimiento, concesión y propuesta de pago corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la ordenación del pago a la Tesorería, según la redacción de los artículos 11 y 12 de la Ley de Clases Pasivas, llevada a cabo por la D.F. 2ª y 3 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, tras la declaración de inconstitucionalidad y nulidad efectuada por la STC 111/2021, de determinados artículos del RDL 15/2020, como hemos examinado con anterioridad.

La convergencia y armonización que se predica entre el Régimen de Clases Pasivas y el RGSS es, por regla general, unidireccional en el sentido de aproximación de clases pasivas al general, sin perder los considerados como privilegios. En efecto, cuando se produce una mejora en las prestaciones del régimen general, se suceden demandas ante los Tribunales de Justicia solicitando su aplicación a las clases pasivas si no las han reconocido en dicho régimen, resultando desestimadas por las razones anteriormente expuestas de inexistencia de discriminación. Sin embargo, después, en ocasiones con poco tiempo de diferencia, se produce una modificación de la ley de clases pasivas que iguala total o parcialmente la regulación del RGSS, lo que es palmario en los supuestos de regulación de la jubilación demorada, brecha de género, viudedad de parejas de hecho u orfandad.

Por el contrario, aunque en ocasiones hay un trato igual, como en el supuesto del tope inicial de las pensiones, siguen existiendo diferente regulación de algunas materias que pueden ser considerados privilegios de los afiliados a clases pasivas y en los que no se está produciendo una convergencia entre regímenes. Nos centraremos en algunas de ellas que considero más relevantes.

En materia de cotizaciones, los afiliados a clases pasivas cotizan por diferentes bases tarifadas dependiendo del cuerpo al que pertenezcan. De este modo, para el año 2023 los pertenecientes a los subgrupos del EBEP A1, el más elevado, correspondiente a los funcionarios a los que se les exige titulación universitaria, cotizan sobre un haber regulador de 42.813,66 euros dividido en 14 mensualidades<sup>41</sup>. El tipo aplicable es el 1’69% para las diferentes Mutualidades, lo que asciende a 51’68 euros mensuales o 723’52 euros

<sup>41</sup> Haberes reguladores de los diferentes grupos y subgrupos:

anuales. A clases pasivas se cotiza el 3'89% del haber regulador, con independencia de que sus haberes sean superiores o inferiores lo que ocurrirá en escasos supuestos, por lo que asciende a un total mensual de 118'04 euros y a un total anual de 1.652'60 euros<sup>42</sup>. Sumando ambos conceptos su cotización total anual es de 2.376'12 euros.

Por el contrario, en el RGSS se cotiza sobre salarios reales con un límite único para todos los trabajadores cualquiera que sea su categoría profesional, la llamada base máxima de cotización, cuya cuantía anual asciende en el año 2023 a 53.946 euros anuales o 4.495.50 euros mensuales. El tipo que se aplica es el 4'70% lo que asciende a 199'67 euros mensuales en 12 pagas, con un total anual de 2.396'04 euros. A lo que hay que sumar un 0'10% del Mecanismo de Equidad Intergeneracional, por un importe de 4'50 euros mensuales y 54 anuales. La cotización total anual asciende a 2.450'04 euros. A esta cantidad hay que añadir para aquellos funcionarios ingresados a partir de 1/1/2011, la cotización a MUFACE u otra Mutualidad, como indicamos por un importe mensual de 51'68 euros en catorce pagas y uno anual de 723'52 euros. El total de cotización de estos funcionarios es de 3.173'56 euros anuales. Como en el RGSS se cotiza siempre sobre salarios reales, la diferencia puede ser mayor en otros Grupo EBEP distintos al A1 cuyas bases reguladoras son muy inferiores o por el contrario si los haberes reales son inferiores al haber regulador sufrirán una sobrecotización.

Lo expuesto anteriormente es el importe de la cotización en el año 2023, pero existen modificaciones para un futuro inmediato de acuerdo con lo dispuesto en la llamada nueva reforma de las pensiones efectuada por el RDL 2/2023<sup>43</sup>, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Nueva reforma de las pensiones fruto también, como la del año 2021, de un Acuerdo Social, esta vez sin ratificarlo las organizaciones empresariales y que al igual que la reforma anterior no hace ninguna mención a las Clases Pasivas ni a las

Grupo/subgrupo EBEP	Haber regulador euros/año
A1	42.813,66
A2	33.695,42
B	29.505,79
C1	25.878,65
C2	20.474,32
E (Ley 30/1984) y Agrupaciones Profesionales (EBEP)	17.455,98

<sup>42</sup> Cuotas a Mutualidades en 14 pagas:

Grupo/subgrupo EBEP	Cuota mensual en euros
A1	51,68
A2	40,68
B	35,62
C1	31,24
C2	24,72
E (Ley 30/1984) y Agrupaciones Profesionales (EBEP)	21,07

Cuotas a Clases Pasivas en 14 pagas:

Grupo/subgrupo EBEP	Cuota mensual en euros
A1	118,04
A2	92,90
B	81,35
C1	71,35
C2	56,45
E (Ley 30/1984) y Agrupaciones Profesionales (EBEP)	48,13

<sup>43</sup> Convalidado mediante acuerdo del Congreso de los Diputados del 30 de marzo de 2023.



Mutualidades, para los sindicatos y las organizaciones empresariales la protección social de los funcionarios parece que no les compete.

Mediante el RDL 2/2023, se crea una cotización adicional de solidaridad, mediante la introducción en la LGSS de un nuevo artículo 19bis, para cotizar por las cantidades sujetas según el artículo 147 de la ley y que superen la base máxima de cotización, los tipos suponen el 5'5%, 6% al 7% según que lo percibido sea inferior al 10% de la base máxima, entre el 10 y el 50% o superior a este porcentaje, con una distribución entre empresario y trabajador en la misma proporción que la del tipo por contingencias comunes. En la actualidad correspondería al trabajador el 16'60% del tipo a aplicar. La nueva DT42<sup>a</sup> de la LGSS establece que la cotización entrará en funcionamiento el 1/1/2025, con unos tipos de cotización reducidos en los tres tramos, del 0'92%, 1% y 1'17% que suben paulatinamente hasta el 2045.

El RDL modifica el Mecanismo de Equidad Intergeneracional mediante la introducción de un nuevo artículo 127bis en la LGSS para nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, siendo su tipo para los trabajadores del 0'10% en 2023, ascendiendo paulatinamente hasta el año 2030 en que se llega al 0'20% y a partir de dicho año el 0'60% hasta el 2050.

Además, según la nueva DT 38<sup>a</sup> de la LGSS y el nuevo artículo 19.3, la base máxima de cotización aumentará según lo haga la revalorización de las pensiones contributivas, a lo que hay que añadir 1'2 puntos porcentuales fijos anuales<sup>44</sup>. Todas estas disposiciones a futuro, si no se modifica la normativa.

Evidentemente, si no se cambia la cotización a Clases Pasivas habrá una importante brecha en esta materia a favor de los funcionarios anteriores al 1 de enero de 2011, tanto con los funcionarios afiliados exclusivamente al RGSS, como a los que, además, están afiliados a las diferentes Mutualidades.

En cuanto a las diferencias entre las prestaciones del RGSS y de Clases Pasivas nos ceñiremos, dada la extensión del estudio, a las más importantes que hacen referencia a la jubilación. Hay que partir de que los funcionarios se jubilan obligatoriamente dependiendo de la normativa que la regule, a los 65, 70 o 72 años, con posibilidades de una jubilación demorada a partir de los 65 años sujeta a distintas reglas, jubilación obligatoria por cumplimiento de la edad que ha sido declarada constitucional en diferentes ocasiones. Por el contrario, la jubilación de los trabajadores por cuenta ajena es voluntaria, salvo la existencia de cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos que cumplan los prolijos condicionamientos impuestos por la DA 10<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, en su actual redacción a partir del 1/1/2022, norma que ha sufrido con anterioridad numerosas cambios. Esta diferencia, con los trabajadores por cuenta ajena, pero no entre funcionarios sujetos a diferentes regímenes no plantea mayores problemas.

Por el contrario, el privilegio más evidente de la regulación de clases pasivas en relación con el Régimen General, cada vez con menor justificación, es el de la jubilación voluntaria. Desde hace años la tendencia en el RGSS es la de acercar la edad real de jubilación a la edad teórica, que a su vez va aumentando, y aplicar reducciones en el porcentaje que se va a deducir de la pensión diferentes según la jubilación sea por causa no imputable al trabajador o voluntaria, variando también los meses que se puede adelantar la jubilación. En concreto en el año 2023 la edad de jubilación está fijada en

<sup>44</sup> De acuerdo con lo que dispone el artículo 58.2 LGSS, las pensiones “se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior”.

65 años para aquellos que hayan cotizado 37 años y 9 meses o más, mientras que para aquellos que hayan cotizado menos de esos años la edad de jubilación será de 66 años y cuatro meses (DT 7ª LGSS).

Para acceder a la jubilación voluntaria (art. 208 LGSS) se exige una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad legal de jubilación, es decir más de 63 años o más de 64 años y cuatro meses dependiendo de los años cotizados; asimismo se exige acreditar un periodo de cotización mínimo de 35 años. La pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada mes o fracción de mes que le falte al trabajador para llegar a su edad de jubilación, de unos coeficientes que dependen del periodo de cotización acreditado y los meses de anticipación, oscilando de un 21% si adelanta la jubilación 24 meses y ha cotizado menos de 38 años y seis meses y un 2'81%, si la anticipa 1 mes y tiene un periodo cotizado igual o superior a 44 años y seis meses.

Por el contrario, la jubilación voluntaria anticipada es mucho más blanda en el supuesto de clases pasivas. Como dispone el artículo 28 de la Ley de Clases Pasivas, solo se exigen sesenta años de edad y tener reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado, además el 100% del haber regulador se alcanza con 35 años de servicio con porcentajes de subida diferentes al RGSS. El Haber Regulador se fija anualmente en la LPGE, oscilando desde 48.086'76 euros para los funcionarios del Grupo A1 hasta 19.605'93 del Grupo E, en catorce pagas, teniendo en cuenta que está limitada la pensión máxima para todas las pensiones públicas en el año 2023 en 42.823'34 euros anuales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la LPGE para 2023<sup>45</sup>.

En el año 2006 la LO 2/2006 de Educación estableció en su DT 2ª durante un plazo de cinco años, una jubilación voluntaria anticipada extraordinaria de cuerpos relacionados con la docencia no universitaria, con unos requisitos mínimos de servicios efectivos al Estado de 15 años a los que había que sumar a los acreditados el periodo de tiempo que faltase hasta el cumplimiento de los 65 años. Además, a los que acreditaran en el momento de la jubilación al menos 28 años de servicios efectivos al Estado recibirían una gratificación extraordinaria a determinar según una serie de variables que no podían superar un importe equivalente a 25 mensualidades del IPREM. Por otra parte, sorprendentemente, se posibilitaba que los funcionarios de carrera de los cuerpos docentes a los que se le aplicaba la norma y que pertenecían a regímenes de Seguridad Social o de previsión distintos al de Clases Pasivas, podían optar en el momento de la jubilación a incorporarse al Régimen de Clases Pasivas, para tener derecho a la jubilación anticipada expuesta y a la integración en el Régimen de Funcionarios Civiles del Estado. También para los funcionarios que no optaran por la incorporación a clases pasivas, si se jubilan voluntariamente se les aplicará su normativa de jubilación y podrían disfrutar de una indemnización no superior a 50 mensualidades del IPREM. En la Exposición de Motivos de la Ley no existe justificación ni explicación de las medidas.

A diferencia de la jubilación voluntaria anticipada la jubilación demorada tiene una regulación desfavorable para los funcionarios. La DA 17ª de la Ley de Clases Pasivas extiende a las pensiones de dicho régimen lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 210 de la LGSS, con una importante diferencia, las referencias a la base reguladora y al tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento se entienden hechas a los haberes reguladores y al haber regulador del grupo A1 como cantidad máxima a percibir.

---

<sup>45</sup> El Grupo A1 alcanza el 100% de la pensión máxima con 32 años cotizados, que suponen el 89'04% de la base reguladora.

Por ello la pensión máxima a percibir en clases pasivas en el año 2023 es de 48.086'76 euros anuales, mientras que en el RGSS la cantidad asciende a 53.946 euros anuales.

Para comentar estas medidas claramente privilegiadas de jubilación de los funcionarios públicos hay que reiterar la opacidad informativa, al menos al público, sobre el Régimen de Clases Pasivas; financiación, edad de jubilación media y mediana de los funcionarios, diferencias entre cuerpos, repercusión de la revalorización de las pensiones etc. Sorprende también que en un estudio tan riguroso como el del Banco de España de 2022, no exista mención a estas cuestiones, teniendo en cuenta el número anteriormente estimado de integrados en Clases Pasivas y todavía más en la Mutualidades de la Administración<sup>46</sup>. Podemos intuir que la edad de jubilación real de los funcionarios tenga relación con la tasa de sustitución de la pensión de jubilación, que se agudiza con su cálculo sobre haberes reguladores que pueden acercarse o alejarse a los haberes reales de los funcionarios, pero no lo podemos aseverar. Puede comprenderse que en momentos con una administración sobrecargada de efectivos se potencie la jubilación anticipada, sobre todo si las pensiones van a ser soportadas por los presupuestos generales del Estado, al igual que si los funcionarios estuvieran en activo. Sin embargo, en momentos como los actuales con un importante déficit de funcionarios y con una elevada edad media<sup>47</sup>, no es comprensible la conservación de ese tipo de jubilación anticipada tan generosa, teniendo en cuenta, además, la regulación de las clases pasivas sobre incapacidad permanente para el servicio considerada como un tipo de jubilación (art. 28.2,d) LCP).

En relación con estos problemas, hay que resaltar que en la Recomendación 4ª del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobada por el Congreso el 19/11/2020, se diga que “pese a que el régimen de clases pasivas es un régimen especial a extinguir desde 2011, resulta necesario avanzar en su convergencia con las condiciones del Régimen General, evitando la existencia de discriminaciones, pero sin provocar repercusión alguna sobre los derechos adquiridos por los beneficiarios de dicho régimen”. Puede entenderse que los beneficiarios del régimen conserven sus condiciones, lo que es matizable, en la actualidad las pensiones suben según el IPC pero, como ha ocurrido en varias ocasiones, puede modificarse si lo establece la normativa adecuada. Mucho menos puede entenderse que los derechos adquiridos son de los funcionarios en activo, que solo tienen una expectativa de derechos, como ha aclarado el Tribunal Constitucional<sup>48</sup> en diversas ocasiones y la realidad ha venido a corroborar, como quedó de manifiesto en la crisis del año 2010, con una disminución generalizada de haberes.

Es muy conveniente la armonización entre los dos Regímenes, pero en ambas direcciones, no es justificable conservar los privilegios de las clases pasivas y de la Mutualidades de Funcionarios y emular continuamente los avances del RGSS.

En cuanto a las Mutualidades de la Administración; MUFACE, ISFAS y MUGEJU, crean para sus mutualistas una serie de prestaciones y servicios complementarios a la

---

<sup>46</sup> Ver su Informe Anual 2022, cerrado a 28 de abril de 2023, que cuantifica las principales medidas adoptadas en la reforma de las pensiones, del año 2021 al 2023 y ofrece estimaciones sobre su impacto.

<sup>47</sup> Según la Memoria 2021 de MUFACE, en ese año la edad media de las personas titulares era de 57 años.

<sup>48</sup> Ver por todas la STC 99/1987, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, que en su FJ 6 b) afirmó: “No hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública”. Ver también la STS, Sala 4ª, de 15/03/2004, citada anteriormente en relación con los funcionarios de la Mumpal, que recordaba el carácter estatutario de los funcionarios y su derecho a la propia prestación, no a recibirla de una determinada manera.

protección de las Clases Pasivas, o del RGSS para los incorporados a partir de 2011. Protegen situaciones no cubiertas por dichos regímenes, y en ocasiones amplían las prestaciones de contingencias ya protegidas. La cartera de servicios de las diferentes mutualidades está explicada minuciosamente por la Profesora Hernández Bejarano<sup>49</sup>, especialmente por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, poniendo de manifiesto la diferente cobertura de las prestaciones no sólo en relación con el régimen general, sino también entre las diferentes mutualidades, ya que deben respetar la cartera básica de servicios comunes del sistema sanitario público, pero pueden incrementar su oferta sanitaria, o añadir otras prestaciones asistenciales, lo que efectivamente realizan. Igual diferencia de cobertura ocurre con la protección sanitaria de los funcionarios públicos fuera del territorio nacional.

Aunque la protección diferenciada se considere legal, no parecen ni justas ni legítimas las desigualdades en la protección entre el régimen de clases pasivas y las mutualidades en relación con el régimen general en materia de asistencia sanitaria, incluidas las prestaciones farmacéuticas. Hay que tener en cuenta que la financiación de la asistencia sanitaria se configura como prestación no contributiva y se lleva a cabo a través de impuestos y posteriormente mediante el mecanismo financiero de reparto se distribuye entre las diferentes comunidades autónomas con las competencias transferidas en esta materia<sup>50</sup>. Por el contrario, la financiación de las mutualidades de funcionarios tiene un régimen de protección contributivo, con cotizaciones del Estado y de los funcionarios, como hemos visto con anterioridad. Por tanto, los funcionarios pertenecientes a las mutualidades financian dos veces la sanidad, mediante cotizaciones, pero también mediante impuestos, sin que le sea descontada de la cuota tributaria la cotización a las mutualidades. Podría aducirse que de esta manera financian en parte el concierto de las mutualidades con las compañías aseguradoras privadas que le cubren la asistencia sanitaria, argumento que no puede utilizarse con los funcionarios que cubren su asistencia sanitaria con los servicios de salud de las comunidades autónomas. Para los funcionarios protegidos por las mutualidades, puede plantearse bien que desapareciera su cotización a la asistencia sanitaria o que se disminuyera la cuota del impuesto sobre la renta en cuantía equivalente a la cotización por asistencia sanitaria.

En las diferentes Mutualidades, el porcentaje de beneficiarios adscritos a los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas, adscritos al Convenio con el INSS, varía con una pequeña tendencia al aumento. Así, de acuerdo con las Memorias de 2021 de las diferentes Mutualidades, en MUFACE optan por esa modalidad el 25'40% del colectivo protegido, en ISFAS el 6'86% y en MUGEJU el 21'54%. Las primas a las entidades médicas privadas constituyen el mayor porcentaje del gasto de la Mutualidades, en MUFACE suponen el 83% del presupuesto total, por un importe como dotación inicial de 1.511'60 millones de euros, en ISFAS ascienden a 490.748'79 millones de euros y en MUGEJU 61.286.475 euros. La cantidad total es ciertamente elevada y explica suficientemente la resistencia a los cambios en esta materia tanto corporativos como de los poderes interesados en su continuación.

En la convergencia predicada entre regímenes en la Recomendación 4ª del Informe del Pacto de Toledo de 2020, considero que todas las diferencias de protección deben superarse paulatinamente, primero entre los funcionarios protegidos por las mutualidades,

---

<sup>49</sup> Ob. cit. pág. 105 y ss.. Entre las prestaciones se encuentran: asistencia sanitaria, subsidio por incapacidad temporal, por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, por incapacidad permanente, prestaciones familiares, de carácter social, ayudas asistenciales y otras prestaciones sanitarias.

<sup>50</sup> Ver Hernández Bejarano, ob cit. pág. 179 y ss.

continuando luego con las diferencias con el régimen general, sin que se pongan en tensión las estructuras de los diferentes servicios autonómicos de salud. En primer lugar, deben igualarse las prestaciones de las diferentes Mutualidades, ya que no se justifica su existencia, salvo alguna del ISFAS por razón de las actividades que desarrollan sus afiliados. Además, deben unificarse en una única Mutualidad las tres existentes, lo que supondría un importante ahorro de costes, evitando la multiplicidad de servicios provinciales y una mejor utilización de los funcionarios adscritos, que son ciertamente elevados. En MUFACE existen 765 efectivos, de ellos 722 funcionarios, 178 de los cuales, destinados en los Servicios Centrales, en ISFAS 606 funcionarios y en MUGEJU 124, 86 de ellos en los Servicios Centrales.

La creación de una única Mutualidad de la Administración<sup>51</sup>, es una necesidad perentoria como hemos expuesto, debiendo pasar a depender de un único ministerio, el que en cada momento esté adscrita la Seguridad Social, integrándose posteriormente, si es que llega a crearse, en la tan anunciada, desde hace décadas, Agencia de la Seguridad Social. Ya se ha producido, lo que podría parecer más difícil, el traspaso de competencias al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería del reconocimiento y el pago de las prestaciones de clases pasivas, desde las Direcciones Generales del Ministerio de Hacienda<sup>52</sup>. Habría que seguir esa línea de actuación.

Por último, quiero manifestar la necesidad de contar con estadísticas fiables sobre las Clases Pasivas aplicando un principio de transparencia, como existe en las Mutualidades de la Administración. También que formen parte de las estadísticas de la Seguridad, ya que forman parte del Sistema de la Seguridad Social como Régimen especial.

---

<sup>51</sup> La propia LPGE para 2023 denomina en el presupuesto, orgánica 09, “Aportaciones al Mutualismo Administrativo” los 2.379.467.000’55 euros de gastos consignados en esta partida.

<sup>52</sup> Llevada a cabo, finalmente, por la D.F.4ª de la LPGE para 2022.

# **LA LEY 3/2023, DE EMPLEO: UNA VISIÓN PANORÁMICA**

FEDERICO NAVARRO NIETO

*Catedrático DTSS*

Universidad de Córdoba

## SUMARIO:

1. LA REFORMA EN UN CONTEXTO EN TRANSFORMACIÓN
2. ASPECTOS FORMALES DE INTERÉS EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA
3. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA LEY 3/2023
4. LA TERRITORIALIZACIÓN DE LAS PE
5. ASPECTOS DE INTERÉS EN LOS CONTENIDOS DE LAS PE EN LA LE
6. COLOFÓN

## 1. LA REFORMA EN UN CONTEXTO EN TRANSFORMACIÓN

Para hacer una valoración general del alcance de la ley 3/2023, de empleo, es conveniente partir del diagnóstico de la problemática de nuestras políticas de empleo. Existen estudios muy solventes como el de la AIREF (Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal), *Evaluación del gasto público 2018. Programa políticas activas de empleo*, de 2019, o también el documento gubernamental “*España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*”.

Este último documento es bastante preciso en su diagnóstico, del que destacamos algunas de sus observaciones en la problemática de las políticas activas de empleo (PAE) en España:

1. La falta de financiación de las PAE. En España, las elevadas tasas de paro han hecho que una gran proporción de los recursos destinados a la lucha contra el desempleo se hayan destinado a políticas pasivas (en su mayoría, prestaciones gestionadas por el Estado), mientras que los recursos dedicados a las políticas activas han sido considerablemente menores.
2. Las subvenciones y bonificaciones a la contratación ha sido, en muchas de estas últimas, de reducida eficacia. Y además concentran el grueso del presupuesto, mientras que la dotación de dinero para formación (incluido su diseño, ejecución y evaluación) es mucho más reducida.
3. La baja eficacia de los servicios públicos de empleo, debido a la infradotación de recursos, el poco uso de las nuevas tecnologías en su actividad de intermediación, las dificultades de coordinación con las múltiples entidades colaboradoras, y la escasez de mecanismos de seguimiento, control y evaluación.
4. Finalmente hay que destacar la insuficiente colaboración público-privada, tanto en los procesos de intermediación como de formación.

El mismo documento, a efectos de actualizar y reforzar las políticas activas de empleo, hace algunas propuestas de futuro muy acertadas porque ponen el acento, no en la regulación y su reforma, sino en la ejecución de las políticas y su evaluación. Así, destaco del documento las siguientes medidas:

- La coordinación entre Servicios Públicos de Empleo, los sindicatos, las patronales empresariales y las entidades educativas para vertebrar respuestas público-privadas coherentes e integradas a escala nacional.
- Crear una plataforma digital estatal donde se integren ofertas y demandas de empleo (en formato *job Marketplace*) un buen punto de partida podría ser la modernización del Portal Único de Empleo.
- Digitalizar y automatizar los trámites administrativos relacionados con el desempleo, de modo que los recursos humanos y espaciales del Servicio Público de Empleo puedan destinarse íntegramente a la orientación profesional.
- Apostar por la orientación profesional, mediante la mejora de los servicios de orientación para personas desempleadas, con especial foco en la inserción de mujeres, jóvenes y parados de larga duración, el incremento de la ratio de orientador/persona desempleada, y la mejora de la formación de los orientadores, sobre todo en el uso de herramientas digitales.

- El aumento de la financiación de las políticas activas.
- La creación de un sistema de evaluación y monitorización de las políticas activas eficaz mediante una sistematización de toda la información y la inclusión de criterios clave como el éxito de inserción laboral o la calidad del empleo conseguido.

La Ley 3/2023 es impulsada por el programa de reformas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aprobado por el Gobierno en el marco del *Next Generation EU*. Concretamente con el componente 23 sobre “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” se incluyen tres ámbitos de reforma de nuestro interés.

El más relevante se contiene en la Reforma 5 que directamente plantea la modificación del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. Esta Reforma 5 plantea algunos aspectos de interés en la orientación de las reformas que debemos contemplar.

- La modernización y refuerzo de la formación para el empleo y la configuración de trayectorias individualizadas de orientación para el empleo.
- La mejora de las herramientas de los Servicios Públicos de Empleo (refuerzo de la inversión y modernización en recursos humanos y materiales), a través de la digitalización.
- La coordinación territorial.
- Una mejor colaboración con el sector privado, y una mayor supervisión y control de este último en su condición de colaborador del sistema público.
- La evaluación de las políticas públicas.

A esta reforma central en materia de políticas de empleo se añade la Reforma 7, sobre revisión de las subvenciones y bonificaciones a la contratación laboral. Se hacen dos observaciones de interés. Por un lado, se subraya que las subvenciones y bonificaciones a la contratación no han logrado resolver los problemas estructurales del mercado laboral español, demostrándose poco eficaces para lograr un impacto que perdure en el tiempo. Por otro, se indica que los incentivos deben orientarse a mejorar la empleabilidad de colectivos muy específicos de baja empleabilidad, especialmente en periodos recesivos. Esta es una observación a tener en cuenta, dada la opción de la nueva Ley de multiplicar exponencialmente los colectivos de atención prioritaria.

Finalmente, la Reforma 11 plantea el objetivo de digitalización del SPE para su modernización y eficiencia. En concreto, se plantea la reforma centrada en la mejora de la gestión interna y, en particular, la digitalización de las políticas activas de empleo para la mejora de la gestión y coordinación e información.

## **2. ASPECTOS FORMALES DE INTERÉS EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA**

En los aspectos formales de la Ley es necesario hacer una crítica de la técnica legislativa. Nos encontramos en la Ley una acumulación de contenidos propios de



una norma de ley, contenidos propios de una norma reglamentaria (por eso, a veces la regulación es muy detallada en objetivos, criterios y metodologías), y contenidos a modo de orientaciones de las políticas públicas con dudoso valor normativo. Digamos que son contenidos más cercanos al formato de las Directrices y orientaciones específicas en empleo para los Estado de la UE. La consecuencia es la extensión de la ley, que no parece lógica. Es significativo que la extensión de la LE/2015 sea de 28 páginas (Pdf) y la LE/2023 alcance las 76 páginas.

Y aun así son diversos los aspectos que se remiten a un desarrollo reglamentario. En concreto: art. 17.4 (tratamiento de datos por los SPE); art. 36.1, pár. 3º y art. 46 (indicadores de empleabilidad, intermediación y cobertura); art. 41.1 c) (SPE para personas trabajadoras en el exterior); art. 43.3 (sistema electrónico común para los servicios públicos y privados de colocación); art. 50.4 (colectivos vulnerables); art. 55.3, 57.3 y art. 61 (cartera de servicios garantizados); art. 59 b) (comunicación de puestos vacantes en las empresas); DA 1ª (AEE) ; DA 3ª (Oficina de Análisis de Empleo); DT 4ª (régimen de colaboración de las Entidades colaboradoras).

Por otro lado, hay que añadir que hasta que se produzcan los desarrollos reglamentarios será necesaria la coordinación con importantes normas reglamentarias vigentes: regulación de las agencias privadas de colocación (RD 1796/2010), RD 7/2015 (cartera de servicios comunes del SNE) y RD 818/2021 (cartera de programas comunes).

Es llamativo, por otra parte, el procedimiento seguido para su aprobación, con bajo perfil del diálogo social, según recuerda el CES en el dictamen 6/2022. Y ello a pesar de que el Componente 23 del Plan de Recuperación gubernamental indica que “la puesta en marcha de estas reformas ha de realizarse sobre la base del más amplio acuerdo posible, tanto en el Parlamento como fundamentalmente en el diálogo social (...) el refuerzo y modernización de las políticas activas de empleo es una segunda pieza clave del paquete de reformas que serán elevadas al Diálogo Social”.

Finalmente conviene recordar que se deja fuera de la LE dos aspectos que son muy relevantes desde la perspectiva de las PAE. En primer lugar, la formación profesional de trabajadores, con una regulación propia en la LO 3/2022, de ordenación e integración de la Formación Profesional, y la Ley 30/2015, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Es importante aquí subrayar la centralidad en las políticas de empleo de la formación en un contexto de insuficiente cualificación laboral en España, las transformaciones tecnológicas, digitales, robóticas, y los procesos de reconversión de sectores productivos. En segundo lugar, los incentivos a la contratación se regulan en el RDL 1/2023. Dichos incentivos son un instrumento de las PAE, que han sido tradicionalmente ineficientes. Lo llamativo aquí es que no se haga referencia a esta norma aprobada el 10 de enero de 2023 en plena tramitación parlamentaria de la LE (que finalizó el 16 de febrero). Esto puede plantear problemas en la medida en que el RDL 1/2023 se remite a concretos parámetros de la LE de 2015, que ahora tienen otra regulación en la Ley 3/2023, como por ejemplo los colectivos prioritarios.

### **3. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA LEY 3/2023**

El concepto y el armazón normativo de la política de empleo no tienen cambios significativos. En este sentido es exagerada la afirmación de la EM (III) de que la LE “pretende implantar un concepto moderno de la política de empleo”. El objetivo de

modernización de las PAE ya está implícito en la Ley de 2015, que ya fija un itinerario modernizador en parámetros como la coordinación institucional, los instrumentos de las PAE, el concepto de empleabilidad, la coordinación de políticas activas y prestaciones por desempleo y las políticas de formación, o la cartera de servicios y de programas.

Hay que recordar que ya existían tres normas reglamentarias de gran valor en la modernización de nuestras políticas de empleo. El RD 1722/2007, que fija un marco sobre órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo, el RD 7/2015, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y el RD 818/21, sobre programas comunes de activación para el empleo.

Se puede decir que la ley 3/2023 es un paso más en el objetivo de modernización de las PE. Es cierto que el tratamiento de algunas temáticas sí me parece novedoso:

1. El desarrollo de políticas de prospección del mercado de trabajo.
2. Respecto del servicio público de empleo: los objetivos de automatización de los procesos de gestión, la apuesta por personal cualificado y especializado.
3. Reconocimiento de una política de financiación del gasto plurianual.
4. La perspectiva de género, que se considera en la Ley un factor central en el principio de igualdad y no discriminación (implícito en primer objetivo de la LE (art. 4 a)), y el establecimiento de objetivos de reducción de las brechas estructurales de género (art. 1, art. 4, art. 31, art. 51), así como en materia de formación profesional (art. 33 2 letras e) e i)).
5. La intermediación.
6. La evaluación de las políticas.

¿Merecían estas novedades en el tratamiento de determinadas materias una nueva ley de empleo, además con esta extensión desmedida? Probablemente no, si además tenemos en cuenta que la nueva Ley se limita en muchos aspectos a “refundir” la normativa reglamentaria ya existente, como vamos a ver. El problema añadido es que plantea nuevos problemas interpretativos en su parte normativa y exige una revisión de la densa normativa reglamentaria vigente.

En lo referente a la gobernanza del sistema el escenario es de continuidad del marco institucional. La única singularidad radica en que el Servicio Público de Empleo Estatal pasa a ser una agencia estatal, la Agencia Española de Empleo. La exposición de Motivos da pocas pistas sobre su justificación. Se indica que esta transformación “se produce por ser el marco regulatorio de las agencias estatales el óptimo para abordar los desafíos a afrontar en materia organizativa, tecnológica y de gestión. Así, el cambio de régimen jurídico ofrece una serie de particularidades normativas, organizativas, así como relativas al modelo de cumplimiento de objetivos y de rendición de cuentas que permitirán aumentar el compromiso con la sociedad de la agencia, realizando los esfuerzos necesarios para prestar eficazmente el servicio público que esta ley le encomienda”.

El artículo 18 de la Ley remite a un futuro reglamento la creación de la Agencia Española de Empleo, que pasa tener personalidad jurídica propia y autonomía funcional y de gestión. Operará con un plan de acción anual y un contrato plurianual de gestión (aspecto relevante).

Caben tres observaciones a la nueva regulación. En primer lugar, como ha quedado dicho la Agencia va a necesitar un desarrollo reglamentario y después unos estatutos,

augurio de una larga vida al SEPE. En todo caso será fundamental su dotación presupuestaria y la adaptación de los recursos humanos a la nueva filosofía. En segundo lugar, el cambio de marco jurídico se limita al servicio público de empleo estatal, y hemos de tener en cuenta que la eficiencia del modelo no depende sólo del Estado, que tendrá que coordinarse con una pluralidad de modelos autonómicos que son los que asumen el grueso de la gestión de las PAE.

#### 4. LAS TERRITORIALIZACIÓN DE LAS PE

La nueva ley se mantiene en una política del derecho, ya trazada en la Ley de 2015, de equilibrio entre coordinación del sistema y territorialización de las PAE. En primer lugar, se afirma la idea de coordinación del sistema, donde es importante el objetivo de garantizar la “cohesión territorial” (art. 1). Se mantienen los principios de colaboración institucional y coordinación en el marco de las Estrategias europea y española (art. 5 c) LE), subrayando que debe garantizarse “la cohesión y el equilibrio territorial” y “la igualdad de acceso a las políticas activas de empleo a cualquier persona en todo el Estado”. Más adelante se subraya que el sistema público integrado de información debe permitir llevar a cabo la intermediación laboral “sin barreras territoriales” (art. 15).

Hay una preocupación constante por esta coordinación. Se subrayan a lo largo de la LE: art. 6 (planificación de las políticas de empleo), art. 12 (eje 7 de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo), art. 13 (eje 6 del Plan Anual de Empleo Digno). El art. 48 fija un marco de colaboración institucional para la coordinación de políticas activas y de protección frente al desempleo.

Al mismo tiempo, en segundo lugar, la actual Ley contempla la delimitación de las competencias autonómicas en materia de políticas de empleo (art. 7.2), pero manteniendo el esquema normativo precedente. El art. 11.1 matizará que la ordenación del Sistema Nacional de Empleo se llevará a cabo, principalmente, mediante la aplicación de los principios de lealtad institucional, y adecuación al orden de distribución de competencias establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Por su parte, el art. 7.3 LE reconoce que son los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas “los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo”. De la misma manera la nueva regulación mantiene el margen de actuación de la regulación anterior. Las CCAA “podrán desarrollar la cartera complementaria de servicios de empleo, así como la implantación y desarrollo de sus propios programas de empleo y de fomento de la actividad económica en su ámbito territorial” (art. 23.2 LE), como ya lo venía a recoger el RD 818/2021 (art. 3 f)). Igualmente, podrán delimitar complementariamente los colectivos de atención preferente en la CA (art. 50), como lo venía a recoger el RD 818/2021 (art. 4).

En algunos aspectos que pueden ser relevantes no se concreta el tipo de colaboración de las CCAA que prescribe la Ley: coordinación de PAE y prestaciones por desempleo (art. 22 j); la gestión del Observatorio de ocupaciones (22 f) o de la Oficina de Análisis del Empleo (DA 3<sup>a</sup>).

En cuanto a la dimensión local, hay que recordar que la Ley de 2015, en su artículo 4, abordaba la dimensión local de la política de empleo, y el artículo 37 incluía entre los principios generales de las políticas activas de empleo “La adecuación a las características

del territorio, teniendo en cuenta la realidad del mercado de trabajo y las peculiaridades locales y sectoriales”.

Ahora se sitúa entre los principios rectores de la política de empleo en el art. 5 f) LE que prácticamente reitera la norma citada de la Ley de 2015. Por su parte, el artículo 7, referido a la dimensión autonómica y local de la política de empleo, establece en su apartado 1º que “la política de empleo, en su diseño y modelo de gestión, deberá tener en cuenta su dimensión autonómica y local para ajustarla a las necesidades del territorio”. Es constante en la Ley la insistencia en la adaptación de las políticas de empleo al entorno productivo (art. 8.4, art. 12.2, art. 32.).

En este marco de territorialización de las políticas de empleo cabe afirmar la centralidad del papel de las CCAA. El art. 7.3 LE reconoce que son los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas “los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo”. Aparentemente hace lo mismo con respecto a las EELL. La EM (III) parece querer subrayar su protagonismo: “El Capítulo III hace referencia a las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, que pueden tener carácter público, destacando en este sentido las entidades locales...”. Y el art. 7.3 reconoce que es “de especial relevancia el desarrollo de la dimensión local de la política de empleo” (pár. 1), y en este sentido “reconoce la singularidad institucional de las Corporaciones Locales en la puesta en marcha y desarrollo de las políticas de empleo”. Pero lo cierto es que la tramitación legislativa ha ido rebajando las expectativas iniciales del Anteproyecto de Ley.

En síntesis, en el texto final de la Ley no hay un cambio significativo en el tratamiento institucional. Las Corporaciones Locales actúan como entes colaboradores de las Comunidades Autónomas, a través de los mecanismos de colaboración oportunos (art. 23.2 LE). Por otra parte, se prevé, como hasta ahora, la posibilidad de facilitar la participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico, en los términos fijado en cada Comunidad (art. 7.3 LE). Es la Comunidad Autónoma la que deba determinar la representación de las entidades locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico.

En definitiva, el papel de las entidades locales es modesto en términos institucionales, no sólo porque depende en su configuración de la iniciativa de las CCAA, como vemos, sino porque están excluidas de la participación institucional del Sistema Nacional de Empleo.

También los instrumentos de la política de empleo mantienen su continuidad. Los instrumentos de gobernanza son los mismos que ya existían: la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno, el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo.

Este último instrumento ya se regulaba en el RD 1722/2007, que establecía que el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo es un instrumento técnico de coordinación del Sistema Nacional de Empleo. Lo cierto es que a pesar de esta previsión los sistemas informáticos son dispersos y están orientados más a la gestión administrativa que al análisis (AIREF, 2019, pág. 16).

Ahora la importancia de este instrumento se liga al principio rector de las políticas de empleo (art. 5 b) de transparencia en el funcionamiento del mercado de trabajo. En este sentido se pone el acento en su configuración como “una red de información común para toda la estructura pública y privada del empleo”, con estructura de procesamiento de datos

“integrada y compatible”. (art. 14), que permita llevar a cabo la intermediación laboral “sin barreras territoriales” (art. 15). El art. 15 fija con cierto detalle los criterios a los que debe responder este sistema público integrado de información, aunque su concreción se remite a una futura norma reglamentaria.

## **5. ASPECTOS DE INTERÉS EN LOS CONTENIDOS DE LAS PE EN LA LE**

El esquema normativo de las políticas de empleo no se modifica. El art. 2 de la Ley indica que las políticas de empleo integran las políticas activas de empleo y las políticas de protección frente al desempleo...”. Y como la normativa anterior la Ley 3/2023 subraya la necesaria coordinación de ambos planos de la política de empleo (art. 2, art. 12, art. 35.2), aunque ahora se dedica el Capítulo IV del Título III específicamente a la “coordinación de políticas activas y de protección frente al desempleo”. Por su parte, las PAE se configuran como “el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación profesional en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento...” (art. 31).

### **5.1. La centralidad del concepto de empleabilidad**

La EM subraya que la empleabilidad “se erige en elemento nuclear de la política de empleo”. Y es lo cierto que su regulación se ha ido desarrollando en su tramitación parlamentaria. El art. 5 d) la refiere entre los principios de las políticas de empleo y recibe un tratamiento detallado en los arts. 34 a 38.

Hay que destacar algunos aspectos de esta regulación. En primer lugar, se objetiva el concepto de empleabilidad, que se vincula a la adquisición y mantenimiento de competencias y cualificaciones laborales (art. 3 b). En segundo lugar, se subraya que las PAE no solo se dirigen a los desempleados, sino también a empleados que desean recualificación y mejores empleos (art. 3 a). La LE identifica como persona demandante de empleo es la “Persona desempleada u ocupada que solicita la mediación de los servicios públicos de empleo, con objeto de mejorar su empleabilidad y facilitar su acceso a un empleo decente y de calidad (art. 3 a), y fija entre los objetivos de la política de empleo, en el art. 4, el mantenimiento del empleo y la progresión profesional de las personas ocupadas (letra c) y la ampliación y mejora de las cualificaciones (letra d). Esta es una perspectiva ya subrayada en el RD 818/21, sobre programas comunes de activación para el empleo.

En tercer lugar, podría destacarse que la LE tiene como novedad el reconocimiento de derechos, que se concreta en un Catálogo de servicios garantizados a trabajadores y empresas, con una regulación detallada (Título IV, art. 55 y ss.). Pero es conveniente recordar que el RD 7/2015, sobre Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, ya reconoce como derecho de los usuarios los servicios de la Cartera Común recogidos en la norma (art. 5). “un derecho para las personas desempleadas y una obligación para los Servicios Públicos de Empleo”.

Y además la ordenación de la Cartera de servicios de la LE sigue los mismos parámetros de la norma reglamentaria. En primer lugar, la ordenación en cuatro bloques (art. 61) es la misma que la prevista en el RD 7/2015 (art. 7), que esta norma reglamentaria

desarrolla con bastante detalle. En segundo lugar, al igual que la regulación reglamentaria precedente (y todavía vigente), en la LE la cartera de servicios tiene como centro de gravedad la atención personalizada a través de la elaboración de un perfil individualizado de la persona que recibirá tutorización individual y continuada y para la que se elaborará un itinerario personalizado. Es cierto que el art. 56 LE ofrece una descripción con cierto detalle del catálogo de servicios garantizados, por ejemplo, en lo referido al acuerdo de actividad y el plan personalizado de actuación (art. 56.1 c) LE). Pero en sus contenidos esenciales ligados a la empleabilidad se mantiene el esquema de la norma reglamentaria: un catálogo específico de servicios para personas desempleadas, un segundo para personas ocupadas y un tercero destinado específicamente a empresas.

El RD 818/21, sobre programas comunes de activación para el empleo, también contiene un importante desarrollo de estos programas, que ahora deben ser revisados conforme a la nueva Ley.

La cartera de servicios se recoge como obligación del SPE, pero ¿es realista este programa de obligaciones y de plazos para el SPE? Por ejemplo, la elaboración de un itinerario o plan personalizado adecuado al perfil de la persona demandante, que deberá tener lugar en el plazo máximo de un mes a contar desde la elaboración de su perfil de usuario.

Por otra parte, es un derecho/deber del trabajador. Como deber, la empleabilidad se vincula al “acuerdo de actividad” que impone al trabajador una “Búsqueda activa de empleo”, que aparecen definidos en el art. 3. Conviene tener en cuenta que conforme al art. 299 e) LGSS, los beneficiarios de prestaciones por desempleo podrán ser requeridos por los SPE para acreditar las actuaciones que han efectuado dirigidas a la búsqueda activa de empleo, su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad. Sin embargo, hay que hacer aquí dos matizaciones. En primer lugar, la obligación está dirigida a satisfacer una “colocación adecuada”, y el nuevo concepto es más garantista para el trabajador que el concepto anterior contenido en la LGSS. El concepto de “colocación adecuada” es impreciso jurídicamente, pero lo cierto es que valora la “formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales” e impone condicionantes salariales favorables al trabajador (sorprendentemente se exige que no esté por debajo del smi). En segundo lugar, la responsabilidad del individuo en la activación para el empleo requerirá que previamente el servicio público de empleo haya cumplido con la importante carga de obligaciones que ahora le impone la Ley de empleo.

Finalmente, hay que subrayar que la Ley recoge un tratamiento detallado de los parámetros de valoración de la empleabilidad (art. 34 a 39) y la garantía de un canal presencial o digital de recepción de servicios, que puede facilitar la accesibilidad a la información, la provisión de los servicios y la prestación electrónica de trámites administrativos o gestiones.

## **5.2. Colectivos de atención prioritaria (art. 50)**

Se definen como “las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad” (art. 3 d) y art. 50.1). Es decir, los colectivos prioritarios lo son por sus problemas de inserción laboral o por problemas “para el desarrollo de su empleabilidad” (problemas de competencias y cualificaciones laborales, por tanto).

En esta temática caben algunas consideraciones críticas. En primer lugar, desde la perspectiva de la “empleabilidad” cabe indicar que en el art. 50 LE se han mezclado dos planos:

1. el de los colectivos con problemas de inserción o problemas de empleabilidad (por motivos personales ligados al mercado de trabajo: cualificaciones, franjas de edad, género, exclusión social, discapacidad, desempleo de larga duración). Esto nos permite entender que la referencia a determinados colectivos es matizada. Por ejemplo, las mujeres “con baja cualificación” (art. 50.1. pár 2º), los jóvenes con problemas de cualificación profesional (art. 50.1. pár 2º y 53), los mayores de 55 años “cuando hayan perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo” (art. 52).
2. condiciones personales puedan tener un reflejo negativo en el mercado de trabajo (art. 5 a) LE). Pero no hablamos necesariamente de personas con problemas de empleabilidad. Aquí pueden encajar las medidas para incentivar el empleo de mujeres (art. 51), o medidas de acción positiva para jóvenes (DA 6) y mujeres (DA 7).

Por tanto, en el objetivo de un mercado de trabajo inclusivo (art. 4 a) LE) hay que diferenciar ambos planos, es decir, hay que diferenciar colectivos de especial vulnerabilidad, de colectivos con problemas de empleabilidad.

La perspectiva de la empleabilidad es la que se impone en otras normas de la LE: Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (ejes 3 y 4), Plan Anual de Empleo Digno (EJE 4). Por eso en determinados colectivos se prioriza a las personas con problemas de cualificación. En fin, el diseño de itinerarios individuales y personalizados en el empleo sólo tiene sentido por la existencia de problemas de empleabilidad.

En segundo lugar, el carácter selectivo de los grupos prioritarios, como subraya la EM III (y otros documentos que hemos citado al inicio), constituye un brindis al sol, a la vista de la larga lista de colectivos recogidas en el art. 50.1, que además puede ampliarse por las CCAA y por vía reglamentaria. A la vista del amplio abanico de colectivos de atención preferente (y de subgrupos preferentes), la cuestión es si se van a establecer políticas de empleabilidad diferenciadas por colectivos.

En tercer lugar, la identificación de los colectivos de atención preferente no es homogénea en la Ley. Por ejemplo, el art. 12, en el Eje 3 de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, impone una “especial consideración a la situación de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género”. En términos parecidos se expresa el art. 13, cuando se refiere al Eje 4 del Plan Anual de Empleo Digno. Por otra parte, reciben un tratamiento específico determinados colectivos como los mayores de 45 años (52), los jóvenes (53) o los discapacitados (54). Colectivos que además se subdividen en grupos.

Por otro lado, los colectivos no aparecen bien delimitados, por ejemplo junto a la etnia gitana se incluyen “otros grupos poblacionales étnicos o religiosos”. Y a veces resulta difícil de entender por qué determinados colectivos se consideran colectivos con problemas de empleabilidad, por ejemplo las personas bisexuales.

Finalmente, cabe interpretar que estos colectivos del art. 50 son las “Personas de atención prioritaria” destinatarias de la contratación laboral incentivada del RDL 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral. Pero este RDL se remite a los colectivos prioritarios del art. 30 de la Ley de 2015.

### 5.3. La actividad de intermediación laboral

Es destacable de la norma su ampliación del concepto de intermediación (art. 40.2) y del concepto de agente de la intermediación (art. 41.2). La legislación española adopta un enfoque amplio de las actividades y sujetos de la intermediación en sintonía con el Convenio OIT nº 181.

Respecto de la delimitación de actuaciones recogidas en el Art. 40.2 cabe puntualizar que el nuevo enfoque ya está desarrollado en el RD 818/2021, sobre programas comunes de activación para el empleo (art. 21).

Lo cierto es que la intermediación puede comprender, junto a las actuaciones tradicionales de puesta en contacto de oferta y demanda de empleo, las actuaciones de prospección y captación de ofertas de trabajo, la selección para un puesto de trabajo y la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo de los apoyos necesarios en el proceso de intermediación laboral.

Se pone especial acento en la actividad de recolocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial (art. 44) y la actividad de selección de personal (art. 45). Respecto del primer supuesto, legalmente esta actividad de recolocación se vincula a los procesos de ejecución de un “plan de recolocación externa”, que son obligatorios en despidos colectivos que afecte a más de 50 trabajadores ex art. 51.10 LET y que cuentan con un desarrollo reglamentario en el art. 9 del RD 1483/2012. Ello no ha impedido su gestión en “programas de recolocación” ligados a extinciones de contrato a consecuencia de reestructuraciones de la empresa (despidos colectivos que no requieren aquel plan, despidos individuales u otros tipos de extinciones). El art. 44.2 LE parece acoger estas prácticas, previendo genéricamente que tal actividad de intermediación “podrá desarrollarse a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno”.

Respecto de la actividad de selección de trabajadores ahora pasa a ser formalmente contenido de las actividades de intermediación y por tanto a través de los servicios públicos de empleo o de las agencias privadas de colocación, por tanto con sometimiento al régimen de estas Agencias.

La prospección como contenido de la actividad de intermediación es desde luego fundamental, porque una intermediación eficiente requiere un conocimiento del mercado territorial y sectorial, del tejido empresarial y sus necesidades. La Ley subraya el objetivo general de la prospección y detección de necesidades formativas sobre el mercado de trabajo (art. 9 c), art. 13.3 a)), y trata de dar un impulso a estas políticas a través de la incorporación como contenido de la actividad de intermediación de los servicios de empleo y como competencia de la Oficina de Análisis de Empleo en colaboración con el Observatorio de las Ocupaciones de la Agencia Española de Empleo y las comisiones paritarias sectoriales (DA 3).

En cuanto a los agentes de la intermediación, el art. 41 prevé que las agencias de colocación y especializadas, pueden actuar directamente o como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo a través de convenios de colaboración. En este caso deberán garantizarse la gratuidad del servicio para las empresas (art. 42.4), y someterse a los indicadores de eficacia de los SPE (por obtener financiación pública) (art. 42.5). En la nueva Ley, las agencias de colocación que actúen con ánimo de lucro deberán, al margen de la actividad concertada públicamente, desarrollar al menos un 60 por ciento de su actividad con fondos propios (art. 42.6).



Se puntualiza que las entidades colaboradoras o promotoras de programas de políticas activas de empleo, podrán realizar de manera complementaria actuaciones de intermediación. En este supuesto, las citadas entidades no precisarán constituirse como agencias de colocación. Se remite a “la regulación normativa correspondiente”. Se entiende que dichas entidades son las entidades públicas o privadas del art. 32 LE.

Es llamativo que nada se indique sobre otros instrumentos digitales de intermediación (los portales digitales) como sujetos de la intermediación, que aparecen implícitamente excluidos del concepto de intermediación laboral “cuando el conjunto de acciones de intermediación descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados” (art. 3 c)). Se entiende por tanto derogado implícitamente el art. 3.1 del RD 1796/2010, que reconoce como APC a “las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos”. Parece razonable pensar que la actividad de intermediación estará cada vez más vinculada a un tratamiento automatizado de datos mediante el uso de la IA, pero necesariamente requerirá un registro y organización y casación de las ofertas y demandas, y en este caso el sometimiento a la Ley y a la normativa de protección de datos debe garantizar la transparencia, el anonimato y la exclusión de sesgos discriminatorios.

#### **5.4. Medios humanos y presupuestarios del servicio público de empleo**

Respecto del personal, se subraya que los servicios públicos de empleo tendrán los recursos humanos necesarios para una prestación eficaz y eficiente de los servicios, y perfiles técnicos y de gestión con la suficiente especialización ( art. 29.1, art. 30.1, DA 2ª), pero todo ello se condiciona a las disponibilidades presupuestarias y a los planes de formación que al efecto se desarrollen. Como se indicó al inicio, este ha sido uno de los grandes obstáculos en la modernización de las políticas de los servicios públicos de empleo, y una vez más su planificación y desarrollo se remite a las pertinentes políticas del Estado y las CCAA.

Respecto a la planificación presupuestaria, a la que se dedica el Título V de la Ley, debe destacarse la previsión del gasto plurianual (art. 12.2 f) LE). Debe subrayarse positivamente porque un aspecto crítico destacado tradicionalmente es el de la insuficiencia y estabilidad de la financiación. Por tanto, este escenario plurianual de financiación debe facilitar una planificación estratégica, tal como han reclamado distintos informes en la materia (recientemente CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2018*, estudio de AIREF, 2019).

#### **5.5. Evaluación de políticas**

El estudio de AIREF, 2019, pág. 110, evidencia que las evaluaciones de las PAE han sido parciales e insuficientes, siendo necesario establecer un sistema de indicadores globales y una metodología contrastada para la medición de la eficacia y eficiencia. Pues bien, la evaluación de políticas es una de las grandes novedades de la LE. Se dedica el Título VI a esta temática (art. 66 a 70), que no se recogía inicialmente en el Anteproyecto. En armonía con la tendencia a la institucionalización de la evaluación de las políticas públicas. Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado.

Se nos indica en la EM III que la evaluación de las políticas de empleo deberá ser externa e independiente, y formará parte de las competencias de la futura AEE (art. 22.1).

La Ley sitúa en asunto entre los objetivos del Consejo General del SNE (art. 10 c), las actuaciones de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo (art. 12.2 c) y d)) y el Plan Anual (art. 13.1).

No obstante, cabe recordar que la regulación reglamentaria reciente ya fija algunas pautas que podían permitir teóricamente avanzar en este objetivo. Así, el RD 7/2015, sobre Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, prevé entre sus principios la orientación a resultados, medidos a través de evaluaciones periódicas de los servicios y actividades (art. 4.1), que se desarrolla en el art. 15 (Evaluación y actualización de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo). También el RD 818/21, sobre programas comunes de activación para el empleo, ya prevé un marco de evaluación de los programas de PAE en su art. 14.

La Ley subraya ahora que la toma de decisiones en materia de empleo se fundamentará en el análisis de datos, evidencias estadísticas y el estudio del mercado de trabajo (arts. 16 y 17), y prevé el establecimiento de indicadores. Así, prevé tres tasas para medir la mejora de la empleabilidad: la de empleabilidad, intermediación y cobertura (art. 36), e indicadores de eficiencia en la intermediación (art. 46). Todos estos indicadores se remiten a una futura regulación reglamentaria.

## 6. COLOFÓN

De forma que con todo lo dicho podemos concluir que el “concepto moderno de la política de empleo” (EM) de la Ley 3/2023 deberá esperar a la ejecución de las políticas y su evaluación. En suma, no eran necesarias tantas páginas del BOE para constatar que, como ya sabíamos, serán la calidad técnica de los reglamentos (que ya existían), la coordinación efectiva del sistema nacional de empleo y agentes públicos/privados, la digitalización y los recursos humanos suficientes y cualificados de los servicios de empleo, los recursos presupuestarios y la evaluación de políticas, los que verdaderamente contribuirán a seguir avanzando en la eficacia y eficiencia de las políticas de empleo.



# **TELETRABAJO, PYMES, EMPRESAS EMERGENTES Y NOMADISMO DIGITAL**

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

*Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*

## SUMARIO:

1. FENÓMENOS EMERGENTES EN EL TEJIDO PRODUCTIVO Y NUEVOS MARCOS REGULATORIOS
2. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA CREACIÓN DE PYMES
3. LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO DE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS Y EL REGISTRO CIRCE
4. IMPLICACIONES SOBRE LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO Y CIRCULACIÓN DE LA LEY 18/2023
5. NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES: LOS STARSTUPS O EMPRESAS EMERGENTES
6. LOS NÓMADAS DIGITALES Y LOS PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS

A propósito del capítulo de libro titulado *La libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores*, del que es autor nuestro querido compañero y amigo, Prof. Dr. D. Pedro Gómez Caballero, dentro del “Manual de derecho social de la Unión Europea” publicado en 2011 por Tecnos, que tuve el placer de coordinar conjuntamente, y del libro “Los desafíos del derecho del trabajo ante el cambio económico y social” publicado por Iustel, que coordinó conjuntamente el propio homenajead, quisiera que estas breves reflexiones sirvan para poner de manifiesto el interés mostrado por el profesor Gómez Caballero durante su fructífera carrera académica por todos los fenómenos emergentes del derecho del trabajo en este primer cuarto de siglo, entre ellos, el del teletrabajo que, como ocurre con toda la fenomenología tecnológica que controla ya nuestras vidas y el mundo de las relaciones laborales, tiene implicaciones directas sobre las libertades económicas y personales generando epifenómenos como el de los trabajadores digitales en empresas emergentes, o startups.

Pedro Gómez Caballero es uno de los activos, en su mismo momento de la jubilación, más importantes de la Universidad de Córdoba, de la que fue Vicerrector. No ha sido España capaz, desde la Ley de Reforma Universitaria de 1983, de encontrar una fórmula razonable para mantener el talento contrastado de sus profesores en las universidades públicas una vez superada una cierta edad, que no afecta por igual a todos. Siempre se ha impuesto el imperativo presupuestario -y la ideología política- al racionalismo académico cuando se ha tratado de hacer reformas universitarias. Como en el caso de la Seguridad Social a lo largo de su historia, todas han sido reformas *in peius*. El caso del profesor Gómez Caballero es una más de esas evidencias palmarias. Así son las cosas de las plantillas de la universidad, mucha preocupación por cubrir los huecos de los planes docentes –precariedad de asociados, sustitutos interinos, etc.– y escaso reparo por la sabiduría investigadora que se filtra a caños por la alcantarilla del conocimiento gracias a la rigidez formalista de la jubilación o la incapacidad física. *Delenda est universitas*, que goza de autonomía universitaria constitucionalmente reconocida, para evitar este tipo de disfunciones estructuralmente catastróficas.

## **1. FENÓMENOS EMERGENTES EN EL TEJIDO PRODUCTIVO Y NUEVOS MARCOS REGULATORIOS**

Una de las proyecciones más importantes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia español, aprobado en junio de 2021, con 69.500 millones de euros en transferencias directas, ampliables hasta más de 140.000 en créditos, si fuera necesario, hasta 2026, ha sido la correspondiente a la Componente 13, impulso a la pyme, dentro de la política Palanca V, Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e impulso a una España nación emprendedora. Sobre la base de esta Componente 13, se han aprobado la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, cuyo artículo 6 modifica la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado para promover que cada autoridad competente en España se asegure de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado, así como la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

Ambas leyes se enfocan en dos fenómenos relativamente novedosos en nuestros mercados, las empresas emergentes, o startups, y los trabajadores, autónomos o asalariados,

deslocalizados, esto es, los denominados nómadas digitales. Estas figuras tienen un difícil encaje con los marcos normativos tradicionales en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral. Ello justifica un tratamiento diferenciado respecto a empresas con modelos de negocio convencionales. Por esta razón, la competencia por la atracción de inversión y talento en la nueva economía digital ha llevado a distintos programas de fomento de las startups en los países de nuestro entorno, que suelen incorporar tres elementos principales, beneficios fiscales para los emprendedores, trabajadores e inversores, reducción de trabas administrativas y facilitación de visados y flexibilidad en la gestión de la empresa y en la aplicación de los principios mercantiles y concursales.

España es uno de los países occidentales que presenta mejores activos para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad, por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas. Es el primer país en despliegue de fibra óptica dentro de la Unión Europea, posee una benigna climatología, su forma de vida, la seguridad ciudadana, la cultura o la gastronomía, las excelentes universidades y la existencia de un creciente número de clusters de investigación y desarrollo tecnológico y de industrias creativas, constituyen un atractivo indudable para la proliferación de este tipo de profesionales. La atracción de este tipo de perfiles tiene efectos positivos en su nuevo lugar de residencia. El más obvio es el económico: se trata de profesionales altamente cualificados cuyos ingresos procedentes del exterior se destinan a vivir en el entorno de su elección. Contribuyen a activar el consumo, con el consiguiente impacto sobre la economía local. Las medidas aprobadas reducen significativamente los obstáculos detectados a la creación y crecimiento de estas empresas de tipo legislativo, referidos fundamentalmente a las cargas fiscales y sociales, a las exigencias del derecho mercantil y a los trámites burocráticos.

Sin embargo son múltiples los problemas de gestión cotidiana de su régimen jurídico-económico que presentan tanto las startups como los nómadas digitales. Estas leyes pretenden, por lo que se refiere a las empresas emergentes, suavizar la tributación inicial reduciendo el tipo del impuesto de sociedades del actual 25% al 15%, durante un máximo de cuatro años, siempre que la empresa mantenga la condición de empresa emergente. Además, se extiende a todas ellas el aplazamiento del pago de las deudas tributarias durante los dos primeros años de actividad. Igualmente, con la finalidad de atraer el talento y dotar de una política retributiva adecuada a la situación y necesidades de este tipo de empresas, se mejora la fiscalidad de las fórmulas retributivas basadas en la entrega de acciones o participaciones a los empleados de las mismas, stock options. Así, se eleva el importe de la exención de los 12.000 a los 50.000 euros anuales en el caso de entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes, exención aplicable igualmente cuando dicha entrega sea consecuencia del ejercicio de opciones de compra previamente concedidas a aquellos.

Por lo que se refiere a los nómadas digitales, personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia, se crea una nueva categoría de visado y de autorización de residencia. El visado para el teletrabajo de carácter internacional, permite entrar y residir en España durante un máximo de un año mientras que sus titulares trabajan para sí mismos o para empleadores en cualquier lugar del mundo. Además, la autorización de residencia para el teletrabajo internacional permite a los extranjeros que ya se hallan de forma regular en España, por ejemplo, aquellos que están estudiando en España o los siendo titulares de un visado de teletrabajo vayan a agotar dicho año de residencia y quieren continuar en España, solicitar una autorización por un

periodo máximo de tres años, renovable por un periodo de dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años. Este supuesto se añade a los previstos en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Se regula, igualmente, la posibilidad de trasladarse con la familia, bien desde el momento inicial o bien en algún momento posterior, lo que constituye un factor determinante para efectuar el traslado de residencia. Además, con el objetivo de atraer y retener talento, en un mundo globalizado como el actual, se amplía la vigencia de las autorizaciones de residencia de dos a tres años previstas en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Quedan por perfilar aspectos relativos a su tributación de IRPF y protección social dentro del sistema español de Seguridad Social, aspectos esenciales en los que se sigue trabajando a nivel europeo.

## **2. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA CREACIÓN DE PYMES**

Por lo que se refiere al contenido de estas dos normas, podemos hacer las consideraciones que vendrán a continuación, aunque es preciso apuntar que el tiempo transcurrido desde su aprobación no permite aún fijar conclusiones acerca de su impacto real ni del modo en que este favorecimiento de creación de empresas pueda estar influyendo en la estructura contractual de nuestro mercado de trabajo. El objetivo de la Ley 18/2022 no es, como su propio preámbulo establece, el aumento del tamaño empresarial per se, ya que este depende de la interacción entre el empresario y la respuesta del mercado sino, por un lado, facilitar la creación de nuevas empresas y, por otro, reducir las trabas a las que se enfrentan en su crecimiento, ya sean de origen regulatorio o financiero para lograr con ello un incremento de la competencia en beneficio de los consumidores, de la productividad de nuestro tejido productivo, de la resiliencia de nuestras empresas y de la capacidad para crear empleos de calidad. Es, por tanto, una norma que más allá de la incidencia que pueda tener sobre el tamaño de la estructura empresarial media española, está pensada para facilitar el nacimiento de la empresa tipológicamente más frecuente en nuestro tejido empresarial, la pyme.

La exposición de motivos de la Ley 18/2022 declara que en España las pyme y los trabajadores autónomos constituyen más del 99 % del tejido productivo en términos de número, representando algo más del 61 % del Valor Añadido Bruto (VAB) y el 64 % del empleo. Para este gobierno su relevancia implica que cualquier política orientada a la mejora del posicionamiento económico, social o medioambiental de nuestro país tome en consideración de forma prioritaria a las pyme. La evidencia empírica apunta a que las empresas españolas grandes tienen un nivel de competitividad similar al de otras economías avanzadas, de manera que el problema es que la estructura empresarial está demasiado sesgada a empresas de pequeño tamaño. De hecho, las microempresas, entendidas como empresas de menos de diez trabajadores, representan en torno al 94 % del total de empresas y, del total de microempresas, el 59 % son autónomos sin asalariados.

Este podría ser, sin duda, un primer aspecto criticable de la Ley 18/2022, pero en realidad es algo que trasciende a la propia Ley, es una apuesta de tipo político en favor de las empresas que ocupan al 64% de las personas trabajadoras en España. Habría que buscar iniciativas similares, que no se han presentado por este gobierno, en relación con las grandes empresas y los grandes grupos empresariales transnacionales de base

española, que ocupando en torno al 25 % de la población activa no han recibido una especial atención sobre la base del PRTR español. Se trata de una norma desreguladora, en la medida en que simplifica los trámites de creación de empresas, lo que es beneficioso a priori siempre que los recursos empleados para financiar estas pymes estén luego suficientemente justificados evitándose situaciones de dilapidación de recursos públicos.

Por lo que se refiere a los aspectos societarios de la creación de la pyme, en el capítulo I de la Ley 18/2022, se introduce la modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, para fijar el capital mínimo para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en un euro. La eliminación de la exigencia de 3.000 euros de capital social mínimo vigente hasta la fecha tiene por objeto, según declara la propia norma, promover la creación de empresas mediante el abaratamiento de sus costes de constitución y pretende, asimismo, ampliar las opciones de los socios fundadores respecto al capital social que desean suscribir en función de sus necesidades y preferencias.

Se pone como ejemplo de países en los que no se requiere un importe mínimo de capital para crear una sociedad de responsabilidad limitada, a Estados Unidos, Japón, China, Canadá, India, Méjico, Rusia, Sudáfrica o Reino Unido. Tampoco en diez de los veintisiete Estados miembros de la UE, entre ellos, Irlanda y Holanda, y otros países con una tradición latina más similar a la española como Francia, Portugal e Italia.

Se persigue con esta medida una reducción en el coste de creación de empresas, lo que promoverá la creación de nuevos negocios, permitirá emplear los recursos liberados en usos alternativos y reducirá los eventuales incentivos a crear empresas en otros países con menores costes de constitución. Igualmente, la Ley prevé que ello permitirá, asimismo, una ampliación de las posibilidades teóricas de elección del nivel de capital social por parte de los socios fundadores, que podrán optar por el importe que consideren óptimo –desde el punto de vista de las funciones de garantía y financiación que cumple el capital social– de acuerdo con las restricciones y posibilidades de financiación del mercado. Se limitarán, asimismo, las distorsiones organizativas ligadas a la elección de socios que puede imponer la exigencia de un capital social mínimo y se fomentará una mejora del clima de negocios, con los consiguientes efectos indirectos positivos asociados.

Cabe señalar que la opción de fijar el importe mínimo legal en una cuantía simbólica de un euro, frente a la opción de eliminar sin más el requerimiento de un mínimo legal, tiene por objeto garantizar la consistencia de la normativa sobre sociedades de capital, que se sustenta en la lógica de que estas sociedades se constituyen con un capital social de importe estrictamente superior a cero. La modificación lleva aparejada la eliminación de la posibilidad de que una sociedad opte por constituirse en régimen de formación sucesiva, puesto que éste es un régimen concebido para posibilitar la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con un capital social inferior al mínimo legal de 3.000 euros, que se elimina. La utilización de esta figura ha venido siendo escasa, posiblemente como consecuencia de las restricciones y obligaciones exigidas en dicho régimen. Su supresión se acompaña de una disposición que precisa la forma en que las sociedades sujetas al mismo que lo deseen pueden dejar de estarlo sin menoscabo de terceros.

Adicionalmente, para las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital social sea inferior a 3.000 euros se introducen dos reglas específicas cuyo propósito es el de salvaguardar el interés de los acreedores: la primera, que deberá destinarse a reserva legal al menos el 20 % del beneficio hasta que la suma de la reserva legal y el capital social alcance el importe de 3.000 euros y, la segunda, que en caso de liquidación, si



el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender el pago de las obligaciones sociales, los socios responderán solidariamente de la diferencia entre el importe de 3.000 euros y la cifra del capital suscrito.

### **3. LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO DE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS Y EL REGISTRO CIRCE**

Otro de los aspectos más relevantes de la Ley 18/2022 radica en el impulso de las relaciones digitales con la Administración a efectos de la creación de estas empresas. De hecho es un mecanismo de control de empresas que por su propia naturaleza pueden tener una vida muy efímera y escapar, de este modo, a su monitoreo administrativo. En este sentido, la Ley, siendo consciente de que el PRTR destina casi el 30% de sus recursos a la transformación digital, persigue impulsar la creación de empresas de forma rápida, ágil y al menor coste posible. Para ello se impulsa de forma decidida la utilización del sistema de tramitación telemática Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) y el Documento Único Electrónico (DUE), como ventanilla única que viene gestionando y desarrollando, desde el año 2003, la Dirección General de Industria y de la PYME del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Para ello se ha establecido la obligación, para los notarios y los intermediarios que asesoren y participen en la creación de las sociedades de responsabilidad limitada, de informar a los fundadores de las ventajas de emplear los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) y el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), para su constitución y la realización de otros trámites ligados al inicio de su actividad. Los términos en que habrá de ejercerse esta obligación se determinarán reglamentariamente, si bien se establecen unas obligaciones informativas mínimas desde la entrada en vigor de la ley. Esta medida ha resultado especialmente polémica, hasta el punto de que la propia exposición de motivos de la Ley ha tenido que recordar que la negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas a través de la Agenda Electrónica Notarial constituye una infracción grave, de acuerdo con lo dispuesto en la letra j) del artículo 349 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en la redacción dada por la disposición final primera del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, lo que manifiesta que alguno de los aspectos más técnicos de la norma deberían haber sido consensuado con el Consejo General de los Registros y el Notariado, lo que no ha sucedido.

De este modo, y con el objeto de mejorar el funcionamiento de CIRCE, se refuerza la obligación, para todos los notarios, de estar disponibles en la Agencia Electrónica Notarial regulada en el artículo 8 del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. Esta obligación parece desprenderse del artículo 8 del citado Real Decreto, pero se opta por hacerla explícita en la presente ley.

En la actualidad CIRCE ya permite la constitución telemática de una sociedad de responsabilidad limitada, a excepción del trámite notarial. Con la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de

herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, será posible la constitución íntegramente telemática a través de CIRCE. Ello es especialmente relevante teniendo en cuenta que CIRCE proporciona el único procedimiento que permite llevar a cabo de forma telemática a través de una ventanilla virtual única los actos de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada y los trámites asociados al inicio de su actividad, tales como el alta en los censos tributarios, el alta de socios, administradores y trabajadores en los regímenes de la Seguridad Social, o la presentación de declaraciones y solicitudes ante otras administraciones públicas, autonómicas y locales.

Además, la constitución a través de CIRCE se ajusta a unos plazos específicos, pudiendo constituirse una sociedad de responsabilidad limitada en un plazo de 24 horas si para ello se emplean instrumentos estandarizados, y está sujeta a unos aranceles notariales y registrales tasados. Estas características de CIRCE se ajustan especialmente a las necesidades de las pyme y dan perfecta respuesta a la letra y al espíritu de la Directiva que, en su considerando 1, señala que su propósito no es otro que “el uso de herramientas y procesos digitales para iniciar de manera más sencilla, rápida y eficaz en términos de coste y de tiempo una actividad económica mediante el establecimiento de una sociedad”.

#### **4. IMPLICACIONES SOBRE LAS LIBERTADES DE ESTABLECIMIENTO Y CIRCULACIÓN DE LA LEY 18/2023**

Las implicaciones que todo este proceso de digitalización en el acceso al registro pueden tener en el plano de las libertades circulatorias, en la medida en que facilita la entrada de operadores económicos no nacionales, ha obligado a la modificación de los artículos 5, 17 y 18, entre otros, de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, lo que ha venido avalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declaró en 2017 inconstitucionales varios artículos de esta Ley. En cuanto a la instrumentación de los principios de mejora de la regulación en el ámbito económico se recogen aspectos que derivan de la experiencia en la implementación de la ley o que han sido señalados específicamente en la jurisprudencia. En particular, se modifican y detallan los artículos 5 y 17 de la norma relativos al principio de necesidad y proporcionalidad, el artículo 18 relativo a las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación y se aclaran las redacciones de determinados preceptos y definiciones como, por ejemplo, actividad económica o autorizaciones.

Según el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Se exige de esta manera, y de la mano de lo expuesto por el TC, la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad para evitar todo efecto lesivo o distorsionador para la actividad económica. La necesidad y proporcionalidad de los límites o requisitos relacionados con el acceso y el ejercicio de las profesiones reguladas se evaluará de conformidad con el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

Para instrumentar dichos principios, el artículo 17 de la Ley determina que se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización: a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. b) Respecto a las instalaciones, bienes o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado. d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Por su parte, el artículo 18 de la 20/2013, modificado por la Ley 18/2022, determina que las autoridades competentes no podrán realizar actuaciones que limiten el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de la Ley. No cumplen los principios recogidos en el capítulo II los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen: a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. b) Requisitos para la obtención de ventajas económicas que sean discriminatorios excepto que exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique y sea proporcionado. c) Requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente. d) Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. e) Requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente.

Todo el capítulo III de la Ley 18/2022, cierra con medidas dirigidas a la eliminación de obstáculos para los operadores económicos a través de la modificación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, ampliando el catálogo de actividades exentas de licencia e instando a la nueva Conferencia Sectorial para la Mejora Regulatoria y el Clima de Negocios para elaborar una nueva ordenanza tipo para el ejercicio de actividades comerciales minoristas y prestación de servicios, así como impulsando a la adopción, en coordinación con otras Conferencias Sectoriales, de ordenanzas tipo en otras actividades económicas.

## **5. NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES: LOS STARSTUPS O EMPRESAS EMERGENTES**

Por lo que se refiere a la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, su título preliminar explicita los objetivos que se persiguen, así como su ámbito de aplicación, incluyendo una definición específica de las empresas emergentes o startups que podrán acceder a las medidas de apoyo previstas, que incluye a las empresas nacidas en el sistema de ciencia y tecnología, conocidas como empresas de base tecnológica o científica. La competencia por la atracción de inversión y talento en la nueva economía digital ha llevado a distintos programas de fomento de las startups en los países de nuestro entorno, que suelen incorporar tres elementos principales: beneficios fiscales para los emprendedores, trabajadores e inversores, reducción de trabas administrativas y facilitación de visados, y flexibilidad en la gestión de la empresa y en la aplicación de los principios mercantiles y concursales.

En concreto, se establecen unos requisitos específicos que hacen que estas empresas destaquen sobre el resto del tejido empresarial. Estos requisitos son la antigüedad de la empresa (ser de nueva creación o de un máximo de cinco años desde su constitución y de siete años en el caso del sector de biotecnología, energía, industrial u otros según avance el estado de la tecnología), su independencia, tener sede social o establecimiento permanente en España, así como un porcentaje mayoritario de la plantilla con contrato en España, su carácter innovador, no ser cotizada ni haber distribuido dividendos y no alcanzar un volumen de negocio superior a los diez millones de euros.

Con el fin de proporcionar una ventanilla única, la acreditación, ineludible para poder acogerse a los beneficios fiscales y sociales establecidos en esta ley, será eficaz frente a todas las Administraciones y entes que deban reconocerlos. La acreditación formal del emprendimiento innovador correrá a cargo de ENISA, la Empresa Nacional de Innovación, S.M.E., SA, que dispondrá de los recursos necesarios para desplegar un procedimiento sencillo, rápido y gratuito para el emprendedor.

La enorme flexibilización administrativa para su creación, así como la inaplicación de la disciplina fiscal habitual para las demás empresas, obliga a que no puedan acogerse a los beneficios de esta ley aquellas empresas emergentes fundadas o dirigidas por sí o por persona interpuesta, que no estén al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, hayan sido condenadas por sentencia firme por un delito de administración desleal, insolvencia punible, delitos societarios, delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos, así como a aquellas condenadas a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas. Asimismo, no podrán acogerse a dichos beneficios quienes hayan perdido la posibilidad de contratar con la Administración.

Para favorecer la aparición de estas startups, y siguiendo pautas similares a las de otros países de la UE, se suaviza la tributación inicial de las empresas emergentes, reduciendo el tipo del Impuesto de Sociedades del actual 25 % al 15 %, durante un máximo de cuatro años, siempre que la empresa mantenga la condición de empresa emergente. Además, se extiende a todas ellas el aplazamiento del pago de las deudas tributarias durante los dos primeros años de actividad.

De igual modo, con la finalidad de atraer el talento y dotar de una política retributiva adecuada a la situación y necesidades de este tipo de empresas, se mejora la fiscalidad de las fórmulas retributivas basadas en la entrega de acciones o participaciones a los empleados de las mismas (stock options). Así, se eleva el importe de la exención de los 12.000 a los 50.000 euros anuales en el caso de entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes, exención aplicable igualmente cuando dicha entrega sea consecuencia del ejercicio de opciones de compra previamente concedidas a aquellos. Adicionalmente, para la parte del rendimiento del trabajo en especie que exceda de dicha cuantía se establece una regla especial de imputación temporal, que permite diferir su imputación hasta el período impositivo en el que se produzcan determinadas circunstancias, y en todo caso, en el plazo de diez años a contar desde la entrega de las acciones o participaciones.

Obviamente, esto introduce ya una variación importante en el concepto tradicional de salario derivado de nuestro artículo 26 ET, donde sólo se contemplan limitaciones porcentuales del 30% al pago en especie, pero nada se dice de la participación accionarial como mecanismo retributivo. Se nos antoja insuficiente el marco regulatorio de la Ley 28/2022 en este sentido, pues sólo establece mecanismos para el control fiscal de las stocks options pero nada dice de las novedosas formas retributivas que pueden darse en estas empresas donde la producción intelectual es especialmente acendrada y donde la titularidad de la producción científica o tecnológica puede generar réditos de difícil encuadramiento retributivo. Sería deseable algún pronunciamiento legal sobre estos extremos, lo que aboca al riesgo de la interpretación judicial de toda una panoplia novedosa de conceptos salariales y extrasalariales de compleja taxonomía. De este modo, el artículo 10 de la Ley 28/2022, se limita a decir que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 140 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en el artículo 12 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, la junta general de la sociedad podrá autorizar la adquisición de participaciones propias, hasta el 20 % del capital como máximo, para su entrega a los administradores, empleados u otros colaboradores de la empresa, con la exclusiva finalidad de ejecutar un plan de retribución.

## **6. LOS NÓMADAS DIGITALES Y LOS PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS**

Por lo que se refiere a la figura de los nómadas digitales, la Ley 28/2022 mejora el acceso al régimen fiscal especial aplicable a las personas trabajadoras desplazadas a territorio español con el objetivo de atraer el talento extranjero. Al mismo tiempo, flexibiliza y facilita los requisitos para asegurar su residencia en España. En particular, y por lo que se refiere a los beneficios fiscales, se disminuye el número de períodos impositivos anteriores al desplazamiento a territorio español durante los cuales el contribuyente no puede haber sido residente fiscal en España, que pasa de diez a cinco años, con lo que se hace más sencillo el acceso al régimen. Además, se extiende el ámbito subjetivo de aplicación del régimen a los trabajadores por cuenta ajena, al permitir su aplicación a trabajadores que, sea o no ordenado por el empleador, se desplacen a territorio español para trabajar a distancia utilizando exclusivamente medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, así como a administradores de empresas emergentes con independencia de su porcentaje de participación en el capital social de la entidad.

Al mismo tiempo se establece la posibilidad de acogerse al régimen especial, esto es, de optar por la tributación por el Impuesto de la Renta de no Residentes, a los hijos del contribuyente menores de veinticinco años (o cualquiera que sea su edad en caso de discapacidad) y a su cónyuge o, en el supuesto de inexistencia de vínculo matrimonial, el progenitor de los hijos, siempre que cumplan unas determinadas condiciones.

Nos interesa especialmente la modificación que hace la Ley 28/2022 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, donde se introducen los mecanismos de apoyo fiscal y de facilitación de la residencia para teletrabajadores y emprendedores. El artículo 61, en su apartado 1.f) determina que los extranjeros que se propongan entrar o residir, o que ya residan, en España verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico de acuerdo con lo establecido en esta sección, en aquellos supuestos en los que acrediten ser teletrabajadores de carácter internacional. Para el artículo 74 bis se halla en situación de residencia por teletrabajo de carácter internacional el nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En el caso de ejercicio de una actividad laboral, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional. En el supuesto de ejercicio de una actividad profesional, se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional.

El artículo 74 quater y quinquies de la Ley 14/2013, en su nueva redacción dada por la Ley 28/2022, determina igualmente que los extranjeros no residentes en España, que se propongan residir en territorio español con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa no ubicada en España, solicitarán el visado para teletrabajo de carácter internacional que tendrá una vigencia máxima de un año, salvo que el periodo de trabajo sea inferior, en cuyo caso el visado tendrá la misma vigencia que este. El visado para teletrabajo de carácter internacional constituirá título suficiente para residir y trabajar a distancia en España durante su vigencia. En el plazo de sesenta días naturales antes de la expiración del visado, los teletrabajadores de carácter internacional que estén interesados en continuar residiendo en España podrán solicitar la autorización de residencia para trabajador a distancia internacional, siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho. Aquellos extranjeros que se hallen en España de forma regular o que hayan accedido mediante el visado previsto en el artículo anterior, podrán solicitar una autorización de residencia con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa localizada en el extranjero, que tendrá validez en todo el territorio nacional. La validez de esta autorización tendrá una vigencia máxima de tres años salvo que se solicite por un periodo de trabajo inferior. Los titulares de esta autorización podrán solicitar su renovación por periodos de dos años siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho.

De igual manera, el artículo 69 facilita la residencia a aquellos extranjeros que soliciten entrar en España o que siendo titulares de una autorización de estancia o residencia o visado pretendan iniciar, desarrollar o dirigir una actividad económica como emprendedor. Estos podrán ser provistos de una autorización de residencia para actividad empresarial, que tendrá validez en todo el territorio nacional y una vigencia de tres años. Una vez cumplido dicho plazo, podrán solicitar la renovación de la autorización de residencia por

dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años. La solicitud de autorización de residencia de emprendedor se realizará por el propio interesado o a través de un representante legal y de forma electrónica ante la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos. En el supuesto de que el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud de autorización y visado se realizará simultáneamente a través de una única instancia que iniciará la tramitación de autorización y visado de forma consecutiva.

Este precepto queda complementado con el artículo 71 según el cual podrán solicitar una autorización de residencia para profesionales altamente cualificados, que tendrá validez en todo el territorio nacional, las empresas que requieran la incorporación en territorio español de profesionales extranjeros graduados o postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio, titulados de formación profesional de grado superior, o especialistas con una experiencia profesional de un nivel comparable de al menos 3 años, en los términos que se establezcan en las instrucciones a las que se refiere la disposición adicional vigésima de esta ley. Igual consideración se realiza para los teletrabajadores de carácter internacional.

La acreditación del cumplimiento de los requisitos anteriores se efectuará una única vez, quedando la empresa inscrita en la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos. Dicha inscripción tendrá una validez de tres años renovables si se mantienen los requisitos. Cualquier modificación de las condiciones deberá ser comunicada a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos en el plazo de treinta días. En caso de no comunicar dicha modificación, la empresa dejará de estar inscrita en la Unidad. La autorización de residencia para profesionales altamente cualificados será de tres años o igual a la duración del contrato, en caso de ser esta inferior. Una vez cumplido dicho plazo podrá solicitar la renovación de la autorización de residencia por dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años.

La Ley 28/2022 se ocupa también de los trabajadores autónomos de empresas emergentes en situación de pluriactividad. Para ello prevé la inclusión de un nuevo artículo 38 quinquies en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que establece una bonificación de cuotas como medida de fomento. A los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por poseer el control efectivo, directo o indirecto, de una empresa emergente regulada en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, y que, de forma simultánea, trabajen por cuenta ajena para otro empleador, les resultará de aplicación una bonificación del cien por cien de la cuota correspondiente a la base mínima establecida con carácter general, en cada momento, en el citado régimen especial durante los tres primeros años. Esta bonificación se disfrutará de forma continuada en tanto persista la situación de pluriactividad y, como máximo, durante los tres primeros años, a contar desde la fecha del alta que se produzca como consecuencia del inicio de la actividad autónoma por la dedicación a la empresa emergente. La bonificación se extinguirá, en todo caso, en el momento en que cese la situación de pluriactividad, no pudiendo reiniciarse posteriormente su aplicación en el supuesto de que se produzca una nueva situación de pluriactividad.

La bonificación se aplicará por la Tesorería General de la Seguridad Social conforme a los datos, programas y aplicaciones informáticas disponibles en cada momento para la gestión liquidatoria y recaudatoria de la Seguridad Social, previa presentación de declaración responsable por parte del trabajador autónomo; sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de

la Seguridad Social y por el Servicio Público de Empleo Estatal, en el ejercicio de sus respectivas competencias. La bonificación prevista en este artículo se financiará con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal dentro de su ámbito competencial y conforme a sus disponibilidades presupuestarias.

En definitiva, estamos ante una batería importante de disposiciones de tipo fiscal, de extranjería y de seguridad social que pretenden hacer frente a una serie de realidades que evolucionan de distinta manera y a diferentes ritmos. Son muchas las cuestiones, no obstante, que aún requieren de un tratamiento normativo laboral que deben encontrar su encaje en normas de derecho de la Unión Europea, singularmente, todas aquellas referidas a la operativa en territorio nacional de empresas de terceros Estados que carecen de sede dentro de la Unión y desplazan teletrabajadores. Para estos supuestos, resulta especialmente difícil plantear la aplicación de las normas de seguridad y salud laboral a los teletrabajadores, por ejemplo, o determinar el mecanismo de cotización a la Seguridad Social por parte de dichas empresas. La misma Inspección de Trabajo tiene serias dificultades para poder hacer un control efectivo de dichas empresas carentes de sede pero con trabajadores desplazados. Todo ello al margen de la problemática social y económica asociada a estos epifenómenos laborales, como por ejemplo, el encarecimiento del precio de los alquileres en zonas de alta concentración de teletrabajadores extranjeros o las disfunciones en el ámbito del derecho de la competencia entre operadores nacionales y extranjeros. Queda, pues, mucho terreno en el plano de las reformas legales que aborden este tipo de fenómenos.





# **LA CONTRATACIÓN DE PROFESORADO SUSTITUTO PARA NECESIDADES DOCENTES EN LA UNIVERSIDAD**

EVA GARRIDO PÉREZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Cádiz

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTEXTO HABILITANTE Y OPERATIVO PREVIO A LA LOSU
3. LAS NECESIDADES DOCENTES /ACADÉMICAS COMO “CAUSA” DE LA CONTRATACIÓN INTERINA
4. REACCIONES JUDICIALES A PRÁCTICAS IRREGULARES DE INTERINIDAD POR NECESIDADES DOCENTES
5. EL NUEVO RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL PROFESOR SUSTITUTO BAJO LA LOSU

## 1. INTRODUCCIÓN

La literatura iuslaboralista ha estado tradicionalmente colmada de referencias analíticas, tanto académicas como judiciales, sobre el recurso de la Administración Pública a la contratación laboral interina; referencias que no han tenido por lo demás un balance fundamentalmente positivo. Antes bien, el resultado generalizado del debate sobre el complejo y por lo demás diversificado mundo de la interinidad en el ámbito de la Administración Pública ha sido exasperante para las personas trabajadoras afectadas, de cierta impotencia para los representantes sindicales, de profunda crítica para los iuslaboralistas, y de matizada resignación con claras dosis de encubrimiento y justificación para los tribunales de justicia.

Cierto es que la intervención del TJUE apuntando límites y condiciones a la temporalidad en España, especialmente aquella que en exceso ha venido generándose desde la modalidad interina<sup>1</sup>, forzó a una actuación correctora que siguiendo por los tribunales españoles ha terminado en importantes novedades y cambios legislativos (véase al respecto la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público). Sin estar del todo cerrado el debate y menos aún el alcance real y operativo de la normativa que trata de poner freno a duraciones excesivamente prolongadas de situaciones de interinidad en la Administración Pública, hay otros contextos de la misma naturaleza pública cuyas singularidades en cuanto a actividad y funcionamiento pueden haber justificado también durante años e incluso décadas, ciertas inercias o prácticas en el recurso a la contratación laboral temporal, y particularmente la interina, que se sitúan en los márgenes de la corrección y la justificación causal, cuando no claramente se exceden de estos para entrar en el terreno de la irregularidad.

Sucede así en un contexto bien cercano y conocido como es el ámbito universitario, donde la defendida autonomía en recursos y funcionamiento se ve seriamente refutada por una absoluta falta de dependencia contractual en la selección y gestión de su personal, tanto desde el punto de vista funcional como económico.

Así, por un lado, la especialidad y singularidad que reviste el ámbito universitario en cuanto al diseño de su plantilla de profesorado, a los requerimientos de formación, a las vías de acceso y acreditación, y en definitiva a la determinación cualitativa y cuantitativa de sus recursos para satisfacer adecuadamente las obligaciones, deberes y compromisos de los centros universitarios, no han sido adecuadamente atendidas por sus normas reguladoras, que más allá de identificar determinadas categorías universitarias de funcionarios y contratados docentes o investigadores, ha eludido claramente considerar la idoneidad y oportunidad de un diseño propio y particular en materia de contratación laboral para las Universidades respecto del establecido con carácter general por las normas laborales. La opción legislativa por remitir a éstas la satisfacción de ciertas necesidades de las universidades que aun siendo temporales pueden llegar a ser notoriamente prolongadas, ha terminado por generar situaciones de vinculación contractual reiterada y sucesiva, forzando la causalidad hasta extremos más que dudosos desde el punto de vista de la admisibilidad legal.

---

<sup>1</sup> Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14 (Diego Porras I), de 5 de junio de 2018 (C-677/16 (Agencia Madrileña de Atención Social)); de 21 noviembre de 2018, C-619/17 (Diego Porras II); de 19 de marzo de 2020, C.103/18 y C 429/18 (Servicio Madrileño de Salud); y de 3 de junio de 2021, C-726/19 (IMIDRA).

Por otro lado, la autonomía jurídica de las universidades públicas debe sobrevivir y equilibrarse con una importante subordinación respecto de los presupuestos públicos de aquellos entes territoriales de los que depende competencialmente, circunstancia que ha encontrado más que dificultades en contextos económicos difíciles<sup>2</sup> y que se evidencian en las necesarias autorizaciones públicas para contrataciones temporales y en topes presupuestarios al incremento de personal.

Un ejemplo evidente de esa falta de visión legislativa sobre las singularidades del contexto universitario, considerándose a primera vista como un ámbito más de la administración pública donde pudiera resultar factible el acomodo a figuras contractuales laborales, lo constituyó sin duda la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), al modificar el régimen jurídico aplicable al personal docente contratado, pasando de ser de naturaleza administrativa a otra laboral, pero contemplando un régimen particular respecto del laboral general. Así, la Ley 6/2001 permitía, por un lado, la contratación de personal docente e investigador en régimen laboral de ciertas figuras específicamente universitarias (contratado doctor, ayudante doctor, ayudante, colaborador, asociado y visitante), si bien sin mención al tipo contractual que en concreto acogiera tales figuras (art.48.1); y por otro lado, esta vez sí, habilitando al recurso a la contratación por obra o servicio determinado para aquel personal (docente, investigador o técnico) destinado a desarrollar proyectos concretos de investigación científica o técnica (art.48.3).

La clara indeterminación de la primera referencia se aclaró solo en parte con la Ley 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley 6/2001 (LOMLOU), y la remisión notoriamente amplia de la segunda se resolvió también de forma parcial con la Ley 14/2011, de 1 de julio, de la Ciencia, si bien complicando aun más el panorama contractual de naturaleza laboral con nuevas y específicas categorías de investigadores que, aun contando con determinadas singularidades (como duración del contrato y retribución), debían someterse a figuras predefinidas en el Estatuto de los Trabajadores.

La pretensión jurídica de hacer encajar unas categorías específicas de personal docente (según LOU) y de personal docente, investigador o técnico (de conformidad con la Ley de la Ciencia) en unos tipos contractuales de naturaleza laboral cuyas costuras se resistían a tal enlace, sirvió para generar en las universidades públicas un panorama caracterizado por cierta inseguridad contractual dentro de unos márgenes legales no del todo definidos, dando lugar a contrataciones precarias, con prolongaciones excesivas de vínculos temporales, algunos de ellos no solo rayando sino incluso sobrepasando los límites causales permitido por las normas.

El problema de origen que no solventaron ni una ni otra norma, derivaba de que en ocasiones los procedimientos y vías de prestación de la actividad docente e investigadora en centros universitarios públicos no permitían otro recurso que no fuera a través de vinculaciones temporales al amparo de la propia temporalidad de asignaturas, cursos académicos y proyectos de investigación, que además se reiteraban por la sucesión de unos y otros (iniciando un nuevo curso o proyecto cuando finaliza y culmina el anterior), terminando por hacer de los contratos de obra o servicio y de los contratos de interinidad los elementos indispensables de cadenas de vínculos contractuales con el mismo sujeto e idéntica o similar actividad (investigadora o docente) pero con impuestas motivaciones justificativas para cumplir, cuando no sortear, el requerimiento de la causa propia del contrato.

---

<sup>2</sup> Al respecto vid. Baylos Grau, A., "El trabajo universitario como terreno de disputa entre la precariedad y el itinerario formativo permanente", *Revista de Derecho Social*, nº 91, 2020, págs. 7 ss.

La ausencia de unos tipos contractuales diferentes para el ámbito universitario y la opción legislativa por remitir la cobertura de las necesidades propias de las Universidades (tanto de personal docente e investigador como de personal de administración y servicios) a dos modelos únicos, el funcionarial y el laboral, ha servido de sustrato y abono justificativo para la utilización de modalidades contractuales disponibles en situaciones límite, en una interpretación forzada de la causa que permita ajustarla a la concreta necesidad que de otra forma podría quedar sin solventar; solo que en ocasiones esa reinterpretación y acomodo de la causa terminaba por desconocer el sentido originario y finalista de la misma.

La desaparición del contrato de obra y servicio determinado por obra del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, forzó a un cambio de dirección en la Ley de la Ciencia y la búsqueda de una imperiosa solución que permitiera las contrataciones laborales al amparo de la misma. Es así como la nueva norma de la Ciencia (Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación) no solo mantiene contrataciones laborales propias y particulares de naturaleza temporal (contrato predoctoral, contrato de personal investigador doctor, y contrato de investigador distinguido), que reavivan en más de un rasgo el contrato de duración determinada (tiempo de uno a cuatro años en predoctoral, y hasta seis años en investigador doctor; suspensión del cómputo por interrupciones debidas a maternidad, lactancia, cuidado de hijo, etc.; e indemnización al finalizar el contrato), sino que además introduce una nueva modalidad de contratación indefinida vinculada al desarrollo de actividades científico-técnicas para el personal de investigación en el marco de líneas de investigación definidas. Una modalidad indefinida a la que no solo blindo frente al régimen laboral común, sino que también consigue desasociar de los requerimientos del empleo público, de modo que no se encuentra ni condicionada ni limitada por la oferta de empleo público ni por las tasas de reposición.

Haciéndose sentir la presión y posición de los centros e institutos de investigación para delinear aquellas contrataciones temporales que mejor se ajustaran a las singularidades de la actividad científica y técnica, restaba por afrontar la solución que mereciera los requerimientos de vinculación laboral también temporal para satisfacer necesidades docentes en entornos universitarios. En este punto, tal como se desarrollará más adelante, la nueva normativa de ordenación del sistema universitario refleja una cierta atención a las situaciones de interinidad del profesorado universitario que mejora indudablemente a la situación anterior, y que, con algunas salvedades, puede llegar a evitar los problemas interpretativos y operativos que han acompañado muy frecuentemente el recurso a este tipo de contratación temporal en el seno de las Universidades Públicas.

En efecto, no faltaban entre las Universidades ejemplos prácticos de cadenas de contratos de obra o servicio con el mismo sujeto para desarrollar específicamente tareas de investigación, esto es, vinculando la actividad o servicio encomendado a un concreto proyecto de investigación, y cada uno se apuntaba como especificidad para sortear aparentemente el requerimiento de la causa propia del contrato de obra o servicio determinado. Lo mismo sucedía con contrataciones en interinidad con el mismo profesor, reiteradas en el tiempo por curso o periodo inferior, para realizar las mismas o similares tareas. Supuestos en los que era fácilmente constatable cómo el contenido prestacional de la persona trabajadora siempre era sustancialmente coincidente con independencia del curso académico o proyecto de investigación en el que participaba de forma sucesiva, lo que sin duda excedía de los márgenes de admisibilidad legal de la contratación temporal.

Un exceso que cabría imputar sin duda a la pretensión de querer encajar en los modelos contractuales laborales ciertas actividades prestacionales propias y singulares del ámbito universitario que no responden en naturaleza y características a aquellas que caen bajo el ámbito aplicativo y regulador del Estatuto de los Trabajadores.

El contrato de interinidad / sustitución, en su ordenación antes y después de la reforma operada en el art.15 ET por el citado RDL 32/2021, es el que posiblemente haya generado más singularidades, cuando no claramente desviaciones, en su operatividad en el ámbito universitario. Más aún, el recurso y utilización de esta modalidad contractual para cubrir carencias coyunturales o incluso estructurales de personal docente en las universidades, es el contexto que merece poner bajo el foco del análisis a la luz precisamente del reflejo que sobre esta cuestión arroja la nueva Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU).

## **2. EL CONTEXTO HABILITANTE Y OPERATIVO PREVIO A LA LOSU**

Como se ha recordado, el art.48.1 de la LOU habilitaba a las universidades a contratar bajo régimen laboral, bien acudiendo a modalidades específicas del ámbito universitario prevista en la misma ley o bien recurriendo a la modalidad de contrato de sustitución ordenada en el Estatuto de los Trabajadores para determinadas categorías de personal docente e investigador (en adelante, PDI). En concreto se hacía mención en dicho precepto a los ayudantes, ayudantes doctores, colaborador, contratado doctor, asociado y visitante.

A nadie escapa que cada una de estas categorías presenta una particular fisonomía dentro del espectro universitario, y cada una con su propia finalidad y particular grado de vinculación con la universidad empleadora, medida en términos temporales. Con excepción de los profesores colaboradores, el resto de las categorías mencionadas son de carácter temporal, y las modalidades contractuales laborales de naturaleza temporal no servían para formalizar esas categorías; o, dicho en otras palabras, estos tipos de PDI no encajaban en los contornos causales y temporales de los contratos ordenados en el art.15 del ET.

Asimismo, recordemos cómo por efecto de la habilitación de la propia LOU, la Ley de la Ciencia ordenó el recurso al contrato de obra o servicio para desarrollar tareas de investigación científica o técnica al amparo del correspondiente proyecto; y si tal era la única mención, parecería excluirla para otras finalidades distintas. Sin embargo, siendo la única vía contractual posible (excluyendo los contratos eventuales y de interinidad por no coincidir en la causa), las universidades públicas acudieron a la modalidad contractual de obra o servicio determinado para formalizar las contrataciones temporales de esas categorías de profesorado, con unas muy singulares adaptaciones a la temporalidad prevista en la norma para cada una, aun cuando ello significara, en ocasiones, y para ciertas categorías, excederse de los márgenes temporales indicados por el ET para el contrato de obra o servicio determinado. Un proceder que también era propiciado por la inicial exclusión contenida en la Disposición Adicional 15ª del ET (al menos hasta su derogación por RDL 32/2021, de 28 de diciembre) respecto del límite de encadenamiento de contratos temporales previstos en el art.15.5 ET, que no resultaba de aplicación a las “modalidades particulares de contratos de trabajo contemplados en la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras de rango legal” aplicables en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Acogiéndose y aceptándose esta práctica de contratación temporal “ad hoc” para los tipos de PDI con vinculación temporal mencionados en la LOU, pareciera darse por cumplida la cobertura de los requerimientos docentes e investigadores de naturaleza temporal que tuvieran las universidades, en actuación complementaria a la actividad que desplegaran los funcionarios para los mismos requerimientos, pero esta vez de naturaleza permanente.

Quedaba por delimitar el papel que podría jugar el contrato de interinidad en este particular entorno de actividad prestacional. Así como desde la Ley de la Ciencia se efectuó una variación “ad hoc” del contrato laboral de obra o servicio determinado, también las universidades han tenido que realizar ciertos ajustes para acomodarse a un tipo contractual como es el de interinidad/sustitución, cuyo diseño no parecía contemplar su capacidad funcional para cubrir necesidades docentes que constituyen la actividad normal, habitual y nada diferenciada de las universidades.

El ajuste operado para acomodarse a esta modalidad contractual se ha hecho sin intervención o habilitación legal, en algún caso con cierta permisibilidad convencional, y con muchas dosis de osadía práctica para solventar situaciones puntuales y temporales de carencia de personal que debían solventarse de manera urgente y prioritaria. En ocasiones estos ajustes han dado forma y resultado a un contrato con rasgos específicos y adaptables a concretas necesidades de las universidades y que requieren de una importante medida de interpretación extensiva y flexible de la causalidad propia de esta modalidad contractual, tal y como se ordena en el ET, que sin embargo en ciertos casos, tal y como se ha venido apuntando, excede de lo admisible y jurídicamente aceptable.

En este sentido, y considerando alguna salvedad muy particular, la utilización por parte de la Administración Pública del contrato de interinidad debe someterse al régimen ordenado por el art.15 del ET (y por extensión por el EBEP), ya sea previo o posterior a la reforma de dicho contrato por RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Hasta la aparición de este RD solo dos causas justificaban la utilización del contrato de interinidad: reserva de plaza y cobertura de vacante. La modificación del contrato de sustitución por efecto del RDL 32/2021 trajo una tercera causa: la sustitución de parte de la jornada que ha quedado reducida.

La primera de las causas, la reserva de plaza no arrastraba problemática alguna para las universidades puesto que, en caso de producirse situaciones de ausencia temporal de personal docente por alguna de las circunstancias admitidas legal o convencionalmente, se recurría a la contratación interina de quien pudiera estar en las habituales bolsas de sustitutos que se conforman y utilizan en el ámbito universitario. En tales casos, se cumplía sin más la formalidad requerida de indicar en el contrato el nombre de la persona sustituida y causa de la sustitución, y la vigencia del contrato quedaba consiguientemente condicionada a la terminación de dicha causa. La desviación suele aparecer en caso de no contar con personal alguno (por inexistencia o insuficiencia de la bolsa) con quien celebrar un particular y específico contrato de sustitución, acudiendo en tales supuestos al recurso de ampliar el tiempo de dedicación de quien ya estuviera contratado laboralmente bajo la misma figura u otra afín de naturaleza temporal, y en ocasiones sin la oportuna modificación en el contrato que al menos formalmente identificara la nueva persona a la que se sustituía.

La segunda de las causas, la contratación interina mientras se cubre definitivamente una plaza, tampoco reviste especial problemática en una Administración Pública que

ha hecho de esta particular modalidad casi una seña de identidad propia, tanto por su frecuencia y habitualidad cuantitativa como por su alcance temporal, que sobrepasa ampliamente el limitado periodo en el que fuera de la Administración Pública cabe el recurso a una sustitución durante un proceso de cobertura de plaza (tres meses). Así pues, en el ámbito de las universidades públicas no resulta en modo alguno inusual acudir a la contratación en interinidad/sustitución para cubrir bien nuevas plazas convocadas o bien aquellas ya existentes que han quedado vacantes, contando por lo demás con la acogida y el respaldo de los convenios colectivos aplicables<sup>3</sup>. No obstante, debe señalarse que también suele ser habitual el proceder de las universidades de no acudir como primera medida a la formalización de un contrato de sustitución bajo tal causa, buscando por el contrario cierta organización de recursos que permita cubrir la prestación requerida sin necesidad de recurrir a personal externo. Una salida práctica en ocasiones más que condicionada ante las habituales directrices políticas de los órganos competentes en cada comunidad autónoma que restringen los recursos económicos disponibles, poniendo cupos o límites a la contratación temporal por las universidades. De ahí que, tratándose de esta modalidad, se constatan algunas desviaciones derivadas de incrementar la dedicación de iniciales contrataciones de interinidad a tiempo parcial, debidas a bajas o minoraciones de carga docente, para que sirvan también funcionalmente a cubrir la actividad docente de plazas vacantes sin necesidad de recurrir a nuevas contrataciones, y bajo alegatos de urgencia y premura en la respuesta debida para atender necesidades docentes.

De ahí que tanto para una u otra referencia causal, la circunstancia que ha sobrevolado el régimen de contratación en interinidad en contextos universitarios y que ha terminado por moldear el sistema legal o convencionalmente previsto a los requerimientos particulares que aquellos acreditaran, no ha sido otra que las tan aludidas necesidades docentes.

### **3. LAS NECESIDADES DOCENTES /ACADÉMICAS COMO “CAUSA” DE LA CONTRATACIÓN INTERINA**

Entra dentro de la cotidianidad de las universidades el encontrarse ante situaciones imprevistas que impiden temporalmente la prestación docente por sus responsables tal y como se hubiera planificado previamente. Las más habituales son situaciones de baja con reserva de puesto de trabajo, excedencias forzosas o asignaciones temporales de cargos de gestión universitaria. Son circunstancias sobrevenidas que rompen la planificación que hubiera podido articularse con anterioridad y que requieren una rápida respuesta por parte de la universidad en aras a salvaguardar los derechos e intereses de los estudiantes.

Esa rápida respuesta en ocasiones pasa por un ajuste dentro de los propios recursos personales del área o departamento en cuestión, disponiendo la acogida de esos tiempos de docencia no cubiertas por profesorado permanente que no ha agotado toda su dedicación

---

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, el Convenio colectivo del personal docente e investigador de Extremadura, contempla expresamente la contratación de profesorado sustituto para “la provisión temporal de un puesto correspondiente a una plaza vacante de PDI funcionario o contratado laboral, dotada presupuestariamente, en tanto se tramita su provisión definitiva en la forma reglamentariamente prevista” (art.33.1). Asimismo, el Convenio Colectivo del personal docente e investigador laboral de las Universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo, prevé la posibilidad de una contratación temporal interina para cubrir necesidades docentes generadas por una plaza vacante, si bien apuntando la importante salvedad de que dicha vacante ni puede mantenerse por más de dos años debiendo procederse en dicho periodo a su cobertura definitiva. Igualmente, el convenio colectivo del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía contempla la figura de los profesores sustitutos interinos para cubrir la actividad docente correspondiente a plazas previstas en la RPT hasta que finalice el proceso de selección.



medida en horas de docencia, o bien ampliando la dedicación parcial de profesorado no permanente. Soluciones organizativas internas que incluso pasan por ser las prioritarias y previas a recurrir, ante su ausencia o insuficiencia, a la contratación temporal de nuevo personal, tal y como aparecen en normas convencionales o reglamentaciones propias aplicables en algunas universidades<sup>4</sup>.

En aquellas situaciones de obligado recurso a la contratación, con el fin de agilizar el procedimiento, especialmente ante la premura o urgencia que puede requerir la cobertura de una necesidad docente, sobre todo si se produce de manera sobrevenida, las universidades suelen recurrir a la creación de unas bolsas de trabajo por áreas de conocimiento con candidato/as que puedan cubrir temporalmente plazas cuando concurren una serie de circunstancias: se produzca una vacante con derecho de reserva de plaza, bien en caso de IT por enfermedad o ausencia por nacimiento de hijo del PDI que ocupe la plaza, o bien por cobertura durante los procesos de selección de plazas (en todos los casos, ya sea vacante o reserva de plaza de PDI funcionario o de contratado laboral de carácter indefinido). Casos en los que lógicamente se indica el motivo de la formalización del contrato de interinidad, coincidiendo con las causas habilitadas legalmente (conforme a ET /EBEP) para el recurso a dicha modalidad. Pero junto a tales causas o complementariamente a las mismas, las universidades contemplan la oportunidad de la contratación interina para atender ciertas circunstancias que nacen por el propio devenir y funcionamiento docente, y que aún no correspondiendo en sus justos términos a la definición causal de una u otra modalidad (sustitución por reserva y por vacante de plaza), presentan ciertas similitudes finalistas en cuanto que expresan la existencia de una jornada de trabajo, medida en tiempo de dedicación docente, que no se cumple por insuficiencia de profesorado o de carga docente, y que debe necesariamente cubrirse de manera provisional y temporal.

Una de estas circunstancias surge por la deducción total o parcial de la dedicación docente del PDI que ha sido designado para ejercer cargos de responsabilidad en el gobierno de la universidad. Esta situación u otra similar de encargo que acarree la minoración de la dedicación docente del profesorado permanente, y que entra de lleno en la normalidad de funcionamiento y organización de una universidad, aparece como razón justificativa para el recurso a la contratación laboral interina, incluso por mención expresa en el correspondiente convenio colectivo regulador<sup>5</sup>.

Estas causas de interinidad “ad hoc” o específicas en el ámbito universitario podría tener mejor acogida entre los límites causales de tal contratación definidos en el art.15 del ET tras la reforma operada por el RD 32/2021, que incorpora como tercera causa (junto a sustitución por reserva y por cobertura provisional de plaza vacante) la sustitución de aquella jornada que ha sido reducida por motivos de conciliación. La finalidad de cubrir una dedicación docente parcial, aun cuando no fuera por el motivo indicado por el precepto

---

<sup>4</sup> Así por ejemplo en el Convenio del personal docente e investigador de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid (“*Antes de proceder a la realización de cualquier contratación, habrá de comprobarse que la necesidad docente planteada no pueda ser cubierta con las disponibilidades del área o departamento correspondiente*”). Por su parte, en el Reglamento de 17 de junio de 2014, de la Universidad de Cádiz, por el que se establece los procedimientos para la cobertura de necesidades docentes sobrevenidas, indicando que, en caso de necesidades asociadas a sustituciones superiores a quince días, sin que pueda ser asumida voluntariamente por profesores con capacidad para ello, se procedería a ampliar provisionalmente la dedicación de aquellos profesores contratados que manifiesten su conformidad. Y solo en caso de que los mecanismos anteriores no fueran aplicables, se procedería a formalizar un nuevo contrato de sustitución.

<sup>5</sup> Como es el caso del CC aplicable al personal docente e investigador de la Universidad de Extremadura (art.32), así como el Convenio colectivo aplicable a las universidades de la CCAA de Galicia, admitiendo la contratación interina para necesidades temporales docentes surgidas por la “exención docente del profesorado por cargos académicos” (art.10.9).

estatutario, seguiría sustentando la especialidad que recibe en el ámbito universitario, al margen de que no acogería de ningún modo aquellas “sustituciones” totales de la dedicación docente de un PDI por asumir temporalmente una responsabilidad o encargo dentro o fuera del ámbito universitario.

Pero el mayor desajuste y desviación de los márgenes legales que se produce en el entorno de las universidades en cuanto a la contratación de interinidad o sustitución, surge cuando se acude a ella para solventar necesidades docentes de distinto tenor; estrictamente, para colmar los déficits en la actividad docente derivados de una insuficiencia de profesorado que incluso es conocida de antemano y que puede presentar ciertos rasgos de estructuralidad. Sucede así cuando al momento de planificar las actividades docentes para el siguiente curso académico se detectan las carencias de dedicación o carga docente que van a determinar en última instancia el número de los contratos de profesores interinos que hubiera de formalizarse con duración bien anual o por periodos inferiores (trimestre, semestres). Ciertamente es que en la actividad propiamente universitaria las tareas docentes tienen naturaleza permanente, pero aquello que es variable, y que determina en esencia la temporalidad, es la necesidad de profesorado. Y si las carencias de personal pasan de ser una situación eventual o coyuntural a devenir en previsible y estructural, la contratación de duración determinada habría de perder irremediabilmente su justificación objetiva y causal.

Estas son las premisas sobre las que se construye una determinada estructura contractual que acude a la contratación de profesorado interino o sustituto para atender unas genéricas necesidades docentes, sin que esta referencia justificativa vaya acompañada de una previa definición o delimitación tanto de aquellas situaciones que generan una demostrada necesidad de actividad a cubrir, como del tipo de actividad docente de que se trata. Una indeterminación que sin duda va a tener su reflejo en la debida concreción de los elementos propios de identificación del contrato de sustitución.

#### A) Objeto del contrato:

Considerando la contratación en sustitución con el fin de suplir a un profesor ausente con reserva de plaza, o con minoración docente o bien para cubrir una vacante hasta su cobertura definitiva, surge como primera cuestión la delimitación de las actividades que puede desarrollar el profesor sustituto, puesto que sus funciones deben constar en el contrato y relacionarse con la causa de la contratación.

En los casos de sustitución para cubrir la ausencia transitoria de un PDI con derecho a reserva de puesto de trabajo, que resulta nominado e identificado en el propio contrato, se ha planteado hasta qué punto debe hacerse coincidir las actividades que aquél realizaba con las que debiera desempeñar el sustituto, a la vista de la doctrina jurisprudencial que en términos generales requiere que el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador interino sea el mismo que el del sustituido<sup>6</sup>. La respuesta deviene sin dificultad desde la propia singularidad de las tareas propiamente académicas, donde no solo concurren aquellas estrictamente docentes (impartición de docencia reglada, preparación de materiales docentes, evaluación y atención al alumnado, tutorías, etc.), sino también otras de índole investigador y de transferencia, así como aquellas bien diferenciadas de gestión y coordinación. La asignación de tareas investigadoras y de gestión resulta eminentemente individualizada y singularizada, en atención a características, formación y competencias concurrentes en un concreto PDI, de tal modo que dichas tareas no son automática y propiamente sustituibles por un tercero externo que fuera a suplir el

<sup>6</sup> STS de 2 de febrero de 2017 (rec. núm. 87/2016).

puesto dejado total o parcialmente por aquel. Consiguientemente, las tareas, funciones o actividades a desarrollar por el profesor sustituto son estrictamente las docentes, y las que por tanto habrían de quedar reflejadas en el objeto del contrato; consideración que no obstante no elude ni resuelve las posibles situaciones conflictivas en las que o bien el sustituto no realiza exactamente la actividad docente que corresponde al puesto de trabajo del sustituido, o bien desarrolla de forma complementaria actividades investigadoras e incluso de gestión y coordinación, con pretensión de su reconocimiento o compensación bajo el contrato. Cuestiones estas que han recibido cierta atención desde los tribunales de justicia, como a continuación se detallará.

#### B) Dedicación:

La dedicación del sustituto ha de ser a jornada completa con carácter general, salvo que se justifique la parcialidad en virtud de la cual el sustituido hubiera de tener una dedicación parcial o bien porque el motivo de la contratación fuera suplir una reducción de dedicación docente a consecuencia del ejercicio de cargo de responsabilidad o similar (y ahora también por causa del ET de suplir reducción de jornada /dedicación docente, por conciliación)<sup>7</sup>.

Esta referencia a una jornada o dedicación completa como situación básica en la contratación en interinidad, salvo las mencionadas excepciones de parcialidad justificada, permite eludir la posibilidad de que la sustitución de un profesor a tiempo completo pueda ser efectuada a través de dos o más contratos de interinidad a tiempo parcial con distintos sujetos. Tal opción no solo significaría una fragmentación en exceso de las funciones docentes a cubrir, y contraria por lo demás a la unidad metodológica que debe imperar en la organización docente, sino que también conformaría una fuente de precariedad innecesaria y de cierta inseguridad jurídica por las posibles oscilaciones de ampliaciones o reducciones de jornada que pudieran sufrir tales contrataciones parciales en atención a aludidas “necesidades docentes sobrevenidas o extraordinarias”<sup>8</sup>.

La duda surge cuando se cuestiona la posibilidad de que una misma persona puede formalizar dos o más contratos de interinidad en régimen de dedicación parcial (por distinta causa) sin sobrepasar la jornada completa máxima permitida, para cubrir necesidades docentes derivadas de distinta causa y/o sujeto sustituido<sup>9</sup>. Una situación que también ha podido encontrar cierta respuesta entre las resoluciones judiciales acaecidas en supuestos conflictivos de uso del contrato de interinidad, tal como mas adelante se comprobará

#### C) Duración:

El contrato por sustitución de profesorado ausente con reserva de plaza o con minoración de su dedicación docente, responde a la duración de la que trae su causa y por el tiempo estrictamente necesario que la misma determine, de modo que encuentra su razón válida de extinción en la reincorporación del sustituido, en el vencimiento del plazo

<sup>7</sup> Al respecto téngase en cuenta el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art.15 del ET en materia de contratos de duración determinada (aún vigente por no haberse producido el desarrollo reglamentario de la nueva regulación del art.15 ET) admitiendo supuestos de contrato de interinidad a tiempo parcial (art.5.2), y entre ellos, cuando legal o convencionalmente se hubiera reconocido una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, pudiendo encajar pues en supuestos de sustitución ante reducciones o minoraciones docentes del profesorado universitario.

<sup>8</sup> De hecho, esta posibilidad de sustituir un PDI a tiempo completo por dos o más contratos en interinidad a tiempo parcial se prohíbe expresamente en el Convenio del Personal docente e investigador laboral de las Universidades Valencianas.

<sup>9</sup> Opción por lo demás prohibida expresamente en el convenio colectivo del personal docente e investigador de la Universidad de Extremadura: “En ningún caso se sustituirá a un PDI en régimen de dedicación a tiempo completo mediante dos o más contratos de interinidad en régimen de dedicación a tiempo parcial” Art.33.2.b).

establecido para la reincorporación o en la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o a la minoración docente.

Tratándose de aquella otra interinidad por vacante, la duración del contrato va asociada al periodo del proceso previsto para la selección, asignación o cobertura definitiva del puesto teniendo en cuenta los plazos temporales en los que se desarrollan tales procesos en el seno de las Administraciones Públicas conforme a lo previsto en la normativa específica<sup>10</sup>.

Ahora bien, cuando la formalización del contrato se alinea causalmente a unas necesidades docentes que no quedan precisas o delimitadas, surge ineludiblemente la cuestión de la propia aleatoriedad en la duración del contrato; circunstancias por lo demás alentada por algunos convenios colectivos de ámbito universitario. Sirva como ejemplo la mención contenida en el Convenio Colectivo aplicable a las universidades de la Comunidad Autónoma de Galicia en el que, tras permitir, como se ha indicado, la contratación de profesorado interino para cubrir necesidades docentes surgidas “por circunstancias sobrevenidas de carácter extraordinario”, sin definir, permite lógicamente que “la duración del contrato será la que determinen las necesidades docentes”. Similar indeterminación aparece en el Convenio colectivo del personal docente e investigador de las universidades públicas de Andalucía señalando que “los contratos de profesor sustituto interino cesarán al finalizar las causas que justificaron su celebración”. Asimismo, en el Convenio colectivo del personal docente e investigador de la Universidad de La Rioja, se admite la provisión temporal de docencia vacante originada por “circunstancias sobrevenidas, a través de una contratación de interinidad por la vía de urgencia”, y resultando en todo caso poner un término final al contrato. Sin embargo, previamente en tanto que esas circunstancias sobrevenidas no están previamente delimitadas, pudiendo haber optado por indicar que el término del contrato estaría asociada a la satisfacción material y temporal de tales circunstancias, sin embargo, se apunta en el convenio que el contrato así suscrito y en atención a dicha causa, se extinguirá a la finalización del curso académico. Implícitamente, si son necesidades docentes las que justifican este tipo de contratación, aquellas ya no existen con carácter general cuando el curso académico llega a su fin, debiendo plantearse para el siguiente una solución ante necesidades docentes que ya no son sobrevenidas o coyunturales, sino estructurales.

Se producen así continuas renovaciones coincidiendo con cada curso académico, incluso sin solución de continuidad, con la misma persona y con el mismo objeto, cual es cubrir las necesidades docentes de un área o departamento. La cuestión que inmediatamente surge es dilucidar hasta qué punto resultan admisibles las contrataciones interinas para solventar necesidades permanentes de las universidades, y en consecuencia la propia admisibilidad de renovaciones de tales contratos para desempeño duradero de tareas normales y permanentes de la actividad docente. Cuestiones a las que sin duda los tribunales de justicia han podido dar algunas orientaciones y criterios de interpretación.

---

<sup>10</sup> Al respecto, téngase en cuenta lo dispuesto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dando una nueva redacción al art.10 del EBEP que recoge el límite temporal de tres años para mantener el nombramiento de personal funcionario interino. Transcurrido ese plazo sin que la plaza se hubiera cubierto definitivamente, se pondría fin a la relación de interinidad y la vacante habría de ser ocupada por personal funcionario de carrera.

#### 4. REACCIONES JUDICIALES A PRÁCTICAS IRREGULARES DE INTERINIDAD POR NECESIDADES DOCENTES

Aun admitiendo que en ciertos sectores o para determinadas actividades (como puede suceder para cubrir necesidades docentes en la universidad) resultaría normal o habitual el recurso a los contratos de duración determinada, ello no excluye el debido respeto a la causalidad intrínseca y propia del contrato temporal. Más exactamente, y aun expresada en relación a la categoría de profesores asociados, el TJUE admitía que la naturaleza de la actividad docente y las características inherentes a tal actividad pueden justificar, en el contexto de que se trate, el uso de contratos de duración determinada, pero la necesidad debe ser siempre temporal, de modo que “los contratos de trabajo de duración determinada, como los controvertidos en el litigio principal, no pueden renovarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente”<sup>11</sup>. Distinguiendo en todo caso entre necesidad permanente de las universidades (que es en suma la tarea docente) y necesidad temporal en materia de contratación de profesorado, el TJUE emplazaba al juez nacional a comprobar si la renovación de sucesivos contratos laborales de duración determinada trataba realmente de atender necesidades provisionales, y si se ha podido utilizar la normativa para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.

Con acogida y recurso a esta orientación, la jurisprudencia española no tardó en afirmar con rotundidad que el ámbito universitario no es “un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal y las consecuencias de una utilización indebida de la misma”, de modo que “las modalidades contractuales específicas de este ámbito docente y los contratos temporales comunes, cuando resulten de aplicación, únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los períodos y para las necesidades previstas legalmente”<sup>12</sup>.

Conforme a estas consideraciones, y contando con su proyección a otras categorías de profesorado universitario contratado también bajo modalidad contractual de duración determinada, como son los interinos o sustitutos, la conclusión resulta pues mas que evidente: no hay razón que impida a la universidad poder acudir a la contratación temporal para solventar necesidades docentes, aun tratándose de una tarea (la docencia) que por naturaleza es permanente; pero no es admisible recurrir a dicha contratación para satisfacer aquellas necesidades de carácter permanente o duradero surgidas por carencias de personal o déficit de carga docente estructural.

Así pues, aun considerando que la contratación temporal puede presentar peculiares características en las universidades públicas, en todo caso el sometimiento y respeto a la legislación laboral requiere que la causa de la temporalidad aparezca debidamente justificada<sup>13</sup>.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, podría admitirse el adhesivo justificativo que sirve para hacer encajar en los moldes causales del contrato de interinidad /sustitución,

<sup>11</sup> Sentencia de 13 de marzo de 2014, caso Antonio Márquez contra la Universitat Pompeu Fabra (C-190/13).

<sup>12</sup> STS de 1 de junio de 2017 (rcud. 2890/2015). En el mismo sentido, STS de 22 de junio de 2017 (rcud. 3047/2015), afirmando que “no puede haber ningún espacio exento, ni por lo tanto tampoco el ámbito universitario, de la obligación de la normativa de la Unión Europea y de la regulación española”.

<sup>13</sup> Tratándose de la contratación temporal de profesores asociados, aun atendiendo necesidades permanentes, se considera justificada “si la misma hubiese respondido a los fines e intereses protegidos por la norma legal *que habilita la correspondiente contratación temporal, bien sea por razones ligadas a la necesaria relación entre la realidad*

tal y como están definidos por la normativa laboral (ET/EBEP), ciertas necesidades docentes que surgen del funcionamiento normal de las universidades y que requieren respuesta rápida y urgente. La existencia de una dedicación docente no cubierta, a modo de tiempo de trabajo o jornada no cumplida, proporciona cierta aproximación finalista entre estas circunstancias y las contempladas por el ET para formalizar un contrato de sustitución, pero siempre que se garantice una condición básica y fundamental: que la necesidad docente derivada de una carencia o insuficiencia de personal sea sobrevenida, puntual, coyuntural, y por ende con requerimiento de una respuesta urgente y de correlativa naturaleza temporal. Cuando tales circunstancias no concurren y se fuerza la contratación en sustitución conforme a elementos de causa, objeto y duración que no coinciden con los definidos por la norma, se producen esas desviaciones en el recurso a dicha contratación y que han merecido la debida reacción y resolución por los tribunales de justicia.

Una primera línea de enjuiciamiento afecta fundamentalmente a la causa que directa o indirectamente justifica la contratación. Como se ha indicado, las universidades cuentan con mecanismos contractuales y funcionariales para dotarse del personal adecuado que satisfaga sus obligaciones de impartición docente de aquellas materias, disciplinas o asignaturas que conforman su planificación formativa estructural. En este punto, la relación de puestos de trabajo (RPT) y la conformación de las plantillas requieren su adecuación a los niveles cuantitativos (medidos en número de profesorado) resultantes de dicha planificación. De este modo, si las necesidades docentes estructurales se incrementan (debido por ejemplo a la implantación de nuevos títulos o por el aumento del número de grupos en algunas asignaturas), debería originarse una directa reacción también en la RPT para aumentar el personal docente requerido a los fines de cubrir esa necesidad emergente. Ciertamente que las respuestas estructurales se someten a procedimientos y programaciones que pueden dilatar la debida satisfacción de dicha necesidad, y hasta el momento en que ello suceda (e incluso antes de que se cuente con una plaza formalmente creada que permita la cobertura en interinidad de la misma) las universidades se encuentran ante la tesitura de tener que dar una respuesta urgente y provisional que permita garantizar la docencia fija debida. Una respuesta que en ocasiones ha pasado por acudir a la contratación en interinidad por aludidas “necesidades docentes”, recurriendo pues a una medida contractual esencialmente temporal para satisfacer una situación causal de naturaleza estructural.

Es posible que con carácter previo se haya contemplado la posibilidad de un reajuste en la propia plantilla con objeto de absorber el incremento de carga docente derivada de esa necesidad emergente en la planificación habitual. Y así ha sucedido en buen número de ocasiones en las que se ha procedido a una organización interna de los recursos, e incluso a incrementar la carga docente de aquellos profesores contratados inicialmente a tiempo parcial por ciertas horas, con el fin de satisfacer el desequilibrio puntual entre el número de profesores y el número de créditos /horas docentes a impartir de carácter permanente<sup>14</sup>.

Pero hay otros casos en los que o bien el profesorado responsable preexistente no tiene capacidad (medida en horas debidas de impartición docente) y por tanto no resulta

---

*práctica y profesional con la formación de los alumnos, bien a exigencias conectadas a la promoción y formación del docente, o a cualquier otra finalidad legalmente establecida*”. Cfr. STS de 1 de junio de 2017, citada.

<sup>14</sup> Es así cómo la contratación interina se contempla como último recurso particularmente en el Convenio Colectivo del personal docente e investigador de las Universidades de la CCAA de Galicia, donde se indica que antes de acudir a la contratación deberá comprobarse que la necesidad docente no puede ser cubierta con disponibilidades del área correspondiente o con el incremento temporal de dedicación de profesores asociados a tiempo parcial, o incluso acudiendo a horas extraordinarias voluntarias y retribuidas.

posible o es insuficiente ese reajuste de la plantilla, o bien la universidad ha acudido directamente sin más a cubrir esas “necesidades docentes”, sin especificar, mediante una contratación en sustitución que adolece de causa legal justificativa.

Las escasas resoluciones judiciales recaídas en situaciones conflictivas de contratación interina en el ámbito universitario, lógicamente varían en función de las circunstancias concurrentes, y sin perder de vista el elemento causal propio de esta modalidad contractual, se ha mantenido cierta flexibilidad interpretativa en cuanto a la interinidad por vacante para admitir supuestos de contratación temporal en caso de fallecimiento de un profesor aun cuando no se mencionara en el contrato que la causa fuera por cobertura de vacante<sup>15</sup>, pero también un absoluto rigor frente a contrataciones en interinidad en las que ni se menciona la causa y nombre del sustituido, o se asignan nuevas tareas docentes que exceden de las especificadas en el contrato<sup>16</sup>, o más matizadamente cuando se utiliza un contrato con varias causas<sup>17</sup>; supuestos en los que se constata que la universidad está utilizando la figura del profesor interino/sustituto para cubrir constantes ausencias de profesores por causas que forman parte de la normal previsión organizativa del empleador (vacaciones, permisos, ausencias para investigación, etc.) lo que se conoce de antemano como circunstancias que con toda seguridad y previsibilidad llegarán<sup>18</sup>; y tratándose en suma de contrataciones que bajo la apariencia de contratos de interinidad, se dirigen en realidad a prestar “servicios que corresponden con los trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa, esto es, para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente”<sup>19</sup>.

Una segunda línea de actuación judicial en el análisis de la contratación en interinidad en el ámbito universitario refiere al objeto de la misma: de forma complementaria, la no correspondencia entre las actividades que desarrolla el sustituto en relación con las propias que desempeñan el PDI sustituido, genera otra línea de reacción contra los desajustes o desviaciones, cuando no directamente irregularidades, de los contratos de interinidad así celebrados.

Considerando por ejemplo que las funciones o actividades académicas de un PDI abarcan la prestación de labores docentes, de investigación, e incluso de gestión para el departamento, centro o universidad, es más que factible admitir que al sustituto se le contrate para la cobertura de necesidades docentes, esto es, la realización de actividades docentes, con todo el alcance que el término pudiera acoger, incluyendo por tanto la

<sup>15</sup> STSJ Galicia de 24 de julio de 2021 (rec. núm. 5949/2019).

<sup>16</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2018 (rec. 711/2017) conociendo el supuesto de un profesor sustituto contratado para cubrir la exoneración docente de tres profesores, al que posteriormente se le asignó la docencia de otra profesora de otra área de conocimiento, considerando la contratación como irregular tanto por haber incluido la sustitución de otra persona ajena al contrato como por desarrollado el sustituto unas tareas que excedían del contenido pactado en el contrato. Asimismo, STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2018 (rec. 1230/2017) en un supuesto en el que la profesora sustituta ocupó un puesto de trabajo distinto del indicado en el contrato, y “no sólo impartió clases que correspondían a los profesores exonerados de la docencia sino también de otras asignaturas que correspondían impartir a otro profesorado de distinta área, incluso de trabajadores que no son los mencionados en el contrato suscrito formalmente”.

<sup>17</sup> Aun admitiendo que por circunstancias del desarrollo docente pudiera requerirse una modificación del objeto de la docencia sustituida, a partir de la estricta definición y requisitos formales del contrato laboral de interinidad, resultaría precisa la suscripción de un contrato de sustitución por cada una de las causas de contratación a la que responda. En este sentido, SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 30 octubre de 2019 (rec. 2417/2018) o de 22 febrero de 2018, citada.

<sup>18</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 de diciembre de 2021 (procedimiento núm. 25/2021). También declarando fraudulenta una contratación en la que se realizó actividades docentes de asignaturas no previstas en el contrato, SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 10 de octubre de 2018 (rec. 2851/2017), de 30 de octubre de 2019 (rec.2417/18), y de 6 de mayo de 2021 (rec. 3310/2019).

<sup>19</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 1 de febrero de 2018, citada.

preparación e impartición de docencia, de elaboración de materiales docentes, de preparación y corrección de exámenes, dirección y evaluación de trabajos, así como tutorías y otras actividades académicas dirigidas al aprendizaje, estén o no contempladas en el plan de estudios.

Las actividades de investigación, esto es, las dirigidas al desarrollo de una investigación científica, técnico o artística, incluyendo la formación de investigadores, no conforma por naturaleza una necesidad que requiera ser cubierta de forma perentoria, inmediata y urgente. Del mismo modo, las tareas de gestión suelen ser o bien de libre designación o bien mediante procesos electorales, pero en todo caso sin que esa responsabilidad de gestión, por ser eminentemente *intuitu personae*, puede ser objeto de una sustitución.

Sin embargo, cuando los profesores sustitutos en el devenir de su contrato, especialmente cuando este es de larga duración (hecho que sucede particularmente cuando se asocian a necesidades docentes de componente más estructural) prestan parte de su tiempo a tareas de investigación o bien realizan determinadas actividades de gestión académica aun cuando no de primer nivel de responsabilidad (como coordinación de asignaturas, o de prácticas), pretenden que se les reconozca formal y económicamente esas otras actividades académicas pero no estrictamente docentes.

Al respecto, debe recordarse que la capacidad docente que se le reconoce al sustituto se encuentra directamente predeterminada por la cobertura docente que viene a suplir, siendo esta la función y finalidad específica y propia que justifica el recurso a esta modalidad contractual. Ciertamente es que también se le puede reconocer capacidad investigadora<sup>20</sup>, pero no es el objeto del contrato de sustitución, sino en su caso alguno de los previstos en la Ley de la Ciencia. Consiguientemente, cumpliendo la obligación docente contratada, no habría objeciones de orden jurídico a que el sustituto pueda desarrollar esas otras actividades complementarias de investigación o de gestión a la propiamente docente, pero no sería admisible, al no constituir el objeto del contrato, que se reconozca esas otras tareas como horas computables dentro de su jornada y por ende retribuidas económicamente o compensables con minoración de carga docente (medida normalmente asociada al desarrollo de tareas de gestión o coordinación).

En todo caso debe ser indicado en el propio contrato el objeto del mismo, precisando cuales habrá de ser las obligaciones docentes del profesor sustituto. El problema se encuentra en una mención del objeto que sin ser excesivamente detallada y concreta que impida cualquier margen de flexibilidad en las actividades docentes a desarrollar (por mención a asignaturas / cursos) tampoco llegue al extremo de dejar imprecisado la necesidad docente que viene a cumplimentar el profesor sustituto y que precisamente ha constituido la causa justificativa de la contratación. Cuestión está a la que también han tenido que prestar atención desde los tribunales de justicia.

Aquí surgen ineludiblemente problemas de equiparación y de igualdad de trato entre fijos y temporales, con recurrentes alegatos al art.15.6 del ET, y particularmente a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el Trabajo de duración determinada, cuya cláusula 4ª dispone que en lo relativo a las condiciones de trabajo, los trabajadores con contrato de duración determinada no podrán recibir un trato menos favorable que los trabajadores fijos, en base únicamente a la duración del contrato, salvo que exista una razón de carácter objetivo que justifique el trato diferente.

---

<sup>20</sup> Tal y como se reconoce para el profesor interino con el grado de doctor por el art.41 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Andaluza de Universidades.



En consecuencia, debe procederse a justificar el porqué de la diferencias y en tanto que deben sustentarse en su caso sobre “datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato” (STC 177/1993, de 31 de mayo), podría no ser excesivamente difícil argumentar que el objeto de la contratación se limita a las actividades puramente docentes (de impartición de materias / asignaturas y de atención al estudiantado) y no aquellas otras que, aún complementarias o interrelacionadas, como la investigación y la gestión, no responden a la misma naturaleza y objeto, de modo que aunque el profesor sustituto, por motivo u ocasión del trabajo, dedique parte de su tiempo profesional a la investigación o a actividades de cierta responsabilidad gestional, tales actuaciones son voluntarias, no forman parte del objeto del contrato y en consecuencia no pueden ser reconocidas formal y económicamente, por ende.

Distinta respuesta ha merecido por ejemplo otras situaciones diferenciales entre categorías de personal universitario fijo y temporal, que sí se asocian precisamente a las funciones docentes, como es el caso de que no se admita a los laborales temporales el derecho a solicitar complementos por méritos docentes en los mismos términos que al PDI laboral permanente<sup>21</sup>.

Sin embargo, más recientemente el Tribunal Supremo<sup>22</sup> se ha pronunciado sobre la diferenciación existente en materia de sexenios de investigación. Partiendo de que la investigación es un fundamento esencial de la docencia universitaria, así como un derecho y un deber del PDI (según rezaba el art. 40.1 de la LOU), y que es obligación de la universidad facilitar la compatibilidad en el ejercicio de docencia y la investigación, termina declarando que no existen diferencias entre el personal permanente y el temporal que justifiquen una desigualdad de trato consistente en denegar al personal temporal el acceso a la evaluación de la actividad investigadora de cada sexenio. Ahora bien, aun cuando esta afirmación se efectuaba principalmente respecto de aquellas categorías de profesorado no permanente cuyo objeto, según se disponía en la normativa aplicable, consiste en el “desarrollo de tareas docentes o investigadoras”, como sucede respecto de profesores ayudantes, y de los profesores ayudantes doctores, sin embargo, el mismo TS efectúa una importante consideración en relación a otra categoría de personal docente de la que no se predica tal objeto, como son los profesores asociados. Efectivamente, la LOU no contemplaba precisión alguna sobre el objeto de su contrato, lo que no impide, en declaración del TS, “que realicen tareas investigadoras, a lo que, sin duda tienen derecho de conformidad con el art.40 LOU”.

En la misma línea de razonamiento habría que admitir que los profesores sustitutos o interinos no se contratan para realizar tareas de investigación (a cuyo efecto ya se disponen contrataciones *ad hoc* conforme a la Ley de la Ciencia), pero nada impide que puedan desarrollar actividad investigadora al margen de las funciones docentes contratadas. Una circunstancia que, por lo demás, y de hecho, resulta más que habitual en sede universitaria a los fines de promoción y acceso a plazas de ayudantes doctores o contratados doctores. Consiguientemente, no siendo objeto del contrato de interinidad la realización de actividad investigadora no puede reconocerse formalmente que ciertas horas de las contratadas y remuneradas se destinan a la investigación del profesor sustituto, pero en el caso de que fuera de esas horas docentes contratadas se realizara actividad investigadora susceptible de valoración, el profesor sustituto tendrá derecho al percibo del complemento salarial que se asociara a una evaluación positiva. Tal es la conclusión que merece la afirmación del TS acerca de que “la naturaleza del complemento por la

<sup>21</sup> STS de 10 de diciembre de 2020 (rec. 65/2019).

<sup>22</sup> STS de 25 de enero de 2023 (rec. 117/2020).

actividad investigadora no está vinculado al puesto de trabajo sino a la productividad y aunque en determinadas categorías el peso de la investigación sea menos que en otras en función de su configuración legal, no puede aceptarse que el esfuerzo investigador reciba un tratamiento desigual en los trabajadores temporales”.

Y finalmente un último elemento de debate y discusión en sede judicial de los contratos interinos efectuados en la universidad, ha quedado referido a la cuestión de su duración, precisamente en los supuestos en los que el contrato carece de causa legal. Allí donde el contrato de interinidad no ha estado justificado en una reserva de plaza o en una cobertura definitiva de la misma, sino en necesidades docentes indeterminadas o inconcretas, la finalización del contrato se somete a idéntica falta de precisión y con ello de ausencia de una válida y justificada causa de cese. Los elementos de objeción en este punto se incrementan cuando el contrato finaliza por mero transcurso del tiempo (curso académico o semestre) para el que se ha contratado, incluso tras un largo periodo de renovación contractual sin solución de continuidad, y aun alegando como causa la inexistencia de esas necesidades docentes que justificaron su celebración. En tales circunstancias ni los contratos se celebraron conforme a la finalidad de los mismos prevista en el art.15 ET (o la contemplada específicamente en el convenio colectivo de aplicación), ni tampoco su finalización responde a la que es propia de esta modalidad de contratación<sup>23</sup>.

Desnaturalizado el carácter temporal del contrato de sustitución ya sea por fraude, abusos u otras ilegalidades, “surgen las consecuencias que cada situación pueda comportar, y siendo las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión”<sup>24</sup>. En este sentido, la doctrina judicial también es clara en dictaminar que una relación de interinidad que no respeta los plazos de convocatoria a los que se refiere el art.70 EBEP, precipita su conversión en indefinido no fijo. Si en un momento posterior el trabajador cesara por cobertura reglamentaria de la vacante, llevaría consigo el reconocimiento de la correspondiente indemnización por extinción (20 días de salario por año de servicio)<sup>25</sup>. Condición de indefinido no fijo que resulta extrapolable para aquellos supuestos en que el contrato temporal celebrado en un ámbito de naturaleza pública se formaliza irregularmente y no responde a la finalidad propia del mismo, incluyendo pues cuando la causa de extinción no es la propia de contrato sometido a término. En consecuencia, una duración no coincidente con el objeto y causa del contrato, es indicio de fraude de ley en la contratación<sup>26</sup> y por tanto con el efecto de su consideración como indefinido (de conformidad con art.15.4 ET), y con las especiales características de indefinido no fijo en las Administraciones Públicas.

---

<sup>23</sup> De nuevo doctrina de la Sala de lo Social del TSJ Andalucía (Sevilla) en Sentencias de 13 de noviembre de 2014 (rec. 2639), de 14 de septiembre de 2017 (rec. 2877/2016), de 9 de diciembre de 2021 (procedimiento núm. 25/2021).

<sup>24</sup> STS de 24 de abril de 2019 (rcud. 1001/2017)

<sup>25</sup> STS de 28 de junio de 2021 (rcud. 3263/2019), y seguida entre otras por SSTS de 7 de julio 2021 (rcud. 116/2019), 28 de septiembre de 2021 (rcud. 2374) y 6 de julio de 2022 (rcud. 3432/2021).

<sup>26</sup> “La carga de la prueba de la existencia de dichos presupuestos y el cumplimiento de su finalidad incumbe a la Universidad contratante, al igual que se ha declarado jurisprudencialmente respecto a los contratos temporales ordinarios en interpretación del art.15 ET) sobre la necesidad de acreditar la causa justificativa de la temporalidad ante la regla general de carácter indefinido de los contratos y la excepcionalidad de la contratación temporal”. Cfr. STS 28 de enero de 2019 (rcud. 1193/2017).

## 5. EL NUEVO RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL PROFESOR SUSTITUTO BAJO LA LOSU

La entrada en vigor de la nueva Ley del sistema universitario, Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo (LOSU), presenta elementos de variedad respecto del régimen establecido en la ordenación anterior<sup>27</sup>. En lo más básico sigue apostando, pero de manera si cabe más reforzada, por unas modalidades laborales de contratación específicas del ámbito universitario (art.77.1), tanto para el PDI, con sometimiento a lo dispuesto en la presente ley, y supletoriamente en el ET y el EBEP (art.77.2), como para el personal investigador conforme a las modalidades contempladas y ordenadas en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia.

Pero al margen de la definición de nuevas categorías de profesorado y la eliminación de otras anteriores, la novedad más relevante en materia de contratación se plantea sin duda en relación al contrato de sustitución, pues en la nueva redacción de esta primera e inicial referencia a la contratación de PDI en régimen laboral que ofrece la Ley 2/2023, se elude claramente la anterior alusión a la posible contratación del PDI conforme a “las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo”. Una ausencia que es más formal que material por cuanto la LOSU precisamente es reflejo de la relevancia cualitativa y cuantitativa que ha tenido la contratación en sustitución dentro del ámbito universitario, puesto que ahora, y a diferencia de la normativa anterior, se le ofrece un significativo espacio, disponiéndose su contemplación singular bajo la categoría de *profesoras y profesores sustitutas/os* que aparece como novedad entre el listado de aquellas categorías que define y ordena la LOU:

### Artículo 80. Profesoras y Profesores Sustitutas/os.

1. La contratación de profesorado para sustituir al personal docente e investigador con derecho a reserva de puesto de trabajo que suspenda temporalmente la prestación de sus servicios por aplicación del régimen de permisos, licencias o situaciones administrativas, incluidas las bajas médicas de larga duración, distintas a la de servicio activo o que impliquen una reducción de su actividad docente, se regirá por la normativa general aplicable a estos supuestos, con las siguientes peculiaridades:

- a) La selección del profesorado sustituto se producirá mediante los procedimientos de concurso público aplicables, pudiendo las universidades establecer instrumentos específicos para su gestión y cobertura, incluidas las bolsas de empleo.
- b) El contrato comprenderá la actividad docente lectiva y no lectiva prevista en el artículo 75, y no podrá superar la asignada a la profesora o profesor sustituido, ni podrá extenderse a actividades universitarias de otra naturaleza en la universidad de contratación, como las de investigación o el desempeño de funciones estructurales de gestión y coordinación, salvo que tengan directa relación con la actividad docente.
- c) La duración del contrato, incluidas sus renovaciones o prórrogas, se corresponderá con la de la causa objetiva que lo justificó.

2. La contratación de profesorado para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva se realizará de

<sup>27</sup> En extenso sobre la figura del profesor sustituto en la LOSU, vid. Moreno Gene, J., “La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de Ley Orgánica del sistema universitario. ¿El fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas?”. *Revista Temas Laborales* nº165, 2022, págs. 71-75.

acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Sorprende la sencillez y falta de adornos innecesarios en la delimitación de la categoría de profesorado sustituto, lo que sin duda favorecerá la operatividad del precepto, y la elusión de interpretaciones forzadas. Por lo pronto ni tan siquiera se remite como modelo de referencia al régimen laboral de la contratación en sustitución. Ello no significa lógicamente que no se entienda la instrumentalización del contrato de sustitución para dar cabida a esta categoría de profesorado, cuando además va asociado a la propia denominación de ésta última. Ahora bien, la no remisión expresa a la normativa laboral común (ET o incluso EBEP) en la construcción contractual que desde el art.80 LOSU se hace de esta categoría de profesorado sustituto, parecería una expresión de independencia formal más que jurídica, de reivindicación de los rasgos distintivos y singulares de los que se puede dotar a una modalidad contractual de enorme utilidad funcional para cubrir necesidades temporales o coyunturales de actividad, sean cuales sean y cualquiera que fuera el ámbito o sector en el que se produzcan.

El precepto de la nueva ley reguladora del sistema universitario contempla claramente las dos situaciones diferenciadas que justifican causalmente el recurso a esta modalidad contractual: por un lado, la sustitución total o parcial de PDI durante el tiempo en el que por circunstancias administrativas o de incapacidad no desarrolle íntegramente su dedicación docente; y por otro lado la ocupación de una plaza mientras se procede a la selección y cobertura definitiva de la misma.

Las singularidades aparecen cuando una y otra causa tienen su propio procedimiento de satisfacción: en el primer caso, por la sustitución de la dedicación docente total o parcial de un PDI, no es necesario respetar ningún garantía de especial relieve de orden procedimental o constitucional, y dado que en la mayoría de las ocasiones tal sustitución se plantea en términos de urgencia y premura, basta cumplimentar los ordinarios y habituales procedimientos de concurso público, incluyendo el recurso a las bolsas de empleo ya previamente conformadas. Ello no obsta a que el acudir a este profesorado sustituto se plantee como remedio último o extremo ante la imposibilidad de soluciones organizativas internas, de reajuste o reordenación de los recursos humanos en centros y departamentos. Quedan pues salvaguardadas las opciones de actuación primaria o básica en las universidades en este sentido, bien sea ordenadas desde su propia reglamentación o conforme a lo que pudiera preverse en la negociación colectiva aplicable.

Por su parte, para la segunda de las circunstancias causales justificativas de la contratación de profesorado sustituto, esto es, mientras se procede a la cobertura definitiva de un puesto de trabajo, (obsérvese por lo demás la opción terminológica por un "puesto de trabajo" y no por "plaza vacante"), no requiere que aquel fuera de naturaleza permanente, de modo que también para aquellos puestos temporales es admisible la contratación en sustitución, pero siempre que se respeten los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, "en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público".

Por lo demás, y en referencia a la duración / extinción de estos contratos en sustitución, no debe perderse de vista que, en el ámbito universitario, el profesorado sustituto contratado para cubrir total o parcialmente la docencia de un PDI, aun cuando este fuera funcionario, no va asociado a la condición de personal funcionario interino. De tal modo que el régimen aplicable a dichas contrataciones en sustitución, por referencia

a los establecido en Ley 20/2021, no es el de nombramiento en plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, en cuyo caso la duración máxima se limitaría a los tres años, sino el de nombramiento de sustitución por el tiempo indispensable que motive el nombramiento. Por el contrario, el recurso a un profesor sustituto para cumplir la docencia asignada a un puesto de trabajo mientras se procede a la cobertura definitiva de la plaza, sí se encuentra condicionado por ese periodo temporal de tres años máximo, de modo que el contrato en sustitución finalizaría bien al momento de esa cobertura dentro de dicho término, o bien a los tres años si no se completa en plazo el proceso con la asignación definitiva.

Por otro lado, debe también destacarse la importante referencia contenida en el art.80 de la LOSU relativa al objeto del contrato, esto es, a la actividad que puede o debe desarrollar el profesor sustituto, saliendo así al paso de ciertas prácticas de universidades en las que los profesores sustitutos realizaban actividades de investigación y de gestión (percibiendo incluso las debidas compensaciones), y que por lo demás son propias de un PDI. La LOSU refuerza así su contratación tan solo para cubrir tareas docentes, aquellas que en su caso realizara el PDI al que sustituye total o parcialmente, sin incluir ninguna otra actividad de investigación o gestión que el sustituido o incluso el sustituto pudieran realizar de forma complementaria a la tarea docente. Ahora bien, el inciso contenido en la LOSU admitiendo excepcionalmente tales tareas de investigación gestión y coordinación cuando “tengan directa relación con la actividad docente”, puede precisamente abrir esa opción de compatibilizar unas y otras, y con ello la necesidad de definir cuándo una actividad de investigación o de gestión goza de esa calificación de directa relación con la específicamente docente.

En definitiva, y a la vista del nuevo régimen dispuesto en el art.80 de la LOSU, aquello que la nueva norma sí parece mostrar más determinación es en cerrar la puerta a contrataciones en sustitución que no respondan a ninguna de esas dos circunstancias causales previamente definidas, y especialmente a las que han encontrado en el desajuste o desequilibrio entre el profesorado existente y la carga docente, su motivo justificativo bajo el alegato general, o con muy limitadas precisiones, de las “necesidades docentes”. Y se trata de un cierre deliberado incluso a pesar de la permisibilidad a interinidades para supuestos de exceso o acumulación de tareas, y que bien pudiera acoger buena parte de esas necesidades, tal como se ofrece desde el art.10.1 EBEP (tras su modificación por la Ley 20/21), permitiendo la contratación de funcionarios interinos por un plazo máximo de nueve meses. No parece la LOU propicia a abrir, siquiera excepcionalmente, la posibilidad de una contratación en sustitución por tal causa para eludir que ese resquicio habilitante encuentre mayores márgenes interpretativos y aplicativos por los cuales de nuevo se cuelen y aniden situaciones contractuales en sustitución de cierta o evidente irregularidad como las que hasta entonces han podido detectarse y evidenciarse entre las universidades públicas.

Queda ahora pues un importante proceso de adaptación a todas y cada una de las nuevas disposiciones de la LOSU y entre ellas un proceso de recuperación y conciliación con la causalidad propia del contrato de sustitución, comenzando por algunas prácticas y reglamentaciones aplicables en el ámbito universitario, y finalizando, de manera más que ineludible, en la renovación o renegociación de un buen número de convenios colectivos referidos al personal docente e investigador de las universidades, para acoger y adaptar un nuevo y mejor definido régimen aplicable a los profesores sustitutos contratados para desarrollar temporalmente actividades docentes universitarias.

# **LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL EMPLEO PÚBLICO**

MANUEL CORREA CARRASCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid.*

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO
3. LA DINÁMICA APLICATIVA DEL MODELO NORMATIVO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO
4. LAS GARANTÍAS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

## 1. INTRODUCCIÓN

La relevancia del papel de la Administración Pública en la configuración y viabilidad de los Estados modernos está fuera de toda duda, ya que, en gran medida, el progreso social y económico de un país se asienta en la existencia de un aparato administrativo lo suficientemente racional, estructurado, eficaz y eficiente como para gestionar las complejas funciones que, paulatinamente, han sido asumidas por aquellos. En consecuencia, el progresivo abandono del llamado “amateurismo administrativo” y la apuesta clara por la profesionalización del empleo público<sup>1</sup> han constituido la premisa básica para el desarrollo de nuestro modelo de sociedad, confiriendo la necesaria estabilidad, previsibilidad y seguridad que requiere el funcionamiento ordenado de las relaciones sociales y económicas.

En el marco del Estado Social de Derecho, el cumplimiento de este relevante papel requiere que la juridificación de la acción administrativa se proyecte necesariamente sobre el propio ejercicio de la función pública, garantizando su independencia del poder político y regulando las condiciones en la que prestan su labor los empleados públicos para evitar, en lo posible, todo margen de arbitrariedad al respecto. No en vano, la existencia de arbitrariedad constituye uno de los principales obstáculos para el funcionamiento eficiente de la Administración, por lo que los procedimientos de selección, gestión, evaluación y promoción de los empleados públicos deben estar rigurosamente predeterminados en el ordenamiento jurídico, teniendo como referentes ineludibles los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 20.3 CE).

Conscientes de ello, el recientemente aprobado *Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado*<sup>2</sup> (PLFP) trata de impulsar una serie de mejoras que incidan en la eficiencia de la Administración (impelidos por la necesidad de cumplir con los compromisos europeos en la gestión de fondos derivados del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*) a través del desarrollo de aspectos vinculados con la mejora del empleo público<sup>3</sup> que, aunque en buena medida ya se contemplaban en el *Estatuto Básico del Empleado Público* de 2007 (EBEP), no habían tenido la suficiente proyección práctica<sup>4</sup>.

Entre ellos, destaca el relativo a la evaluación del desempeño (cuya metodología será objeto del correspondiente desarrollo reglamentario, una vez que se produzca la aprobación definitiva del PLFP), materia actualmente regulada para el conjunto de los empleados públicos en el art. 20 EBEP, aunque sólo en sus líneas generales, ya que, en el modelo establecido, su efectividad práctica quedaba supeditada a la existencia de instrumentos aplicativos que deberían haber sido desarrollados en las respectivas administraciones y que, en muchas ocasiones, no se han llegado a implementar.

---

<sup>1</sup> De obligada referencia son las reflexiones al respecto de Weber, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1944.

<sup>2</sup> BOCG de 24/03/2023 (disponible en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-149-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-149-1.PDF)).

<sup>3</sup> Ya que como señala la *Exposición de Motivos* del PLFP, “para lograr el cumplimiento de sus fines, la Administración Pública debe contar, indudablemente, con su capital humano, pero también con unas adecuadas fórmulas de gestión de personal. Ambos componentes son los elementos esenciales de todo sistema de empleo público cuyo adecuado funcionamiento repercute directamente en los procesos democráticos y tienen incidencia en el bienestar de la ciudadanía”.

<sup>4</sup> De ahí que dicha iniciativa se inscriba también como parte de los compromisos asumidos por el Gobierno y los sindicatos CCOO y UGT en el reciente *Acuerdo Marco para una Administración del siglo XXI* (publicado por *Res. de 14 de noviembre de 2022 de la Secretaría de Estado de la Función Pública*, BOE de 17/11/2022).

De este modo, con el fin de incidir en los objetivos y fines vinculados a la misma, en el PLFP se contempla integrada en la llamada “planificación estratégica de los recursos humanos”, y se configura como “uno de los instrumentos claves para mejorar la productividad de las diferentes unidades y la calidad de los servicios públicos, alineando los objetivos de la organización con el trabajo del personal”, siendo “un instrumento clave para el incentivo y extensión de las mejores prácticas, tanto a nivel organizativo como individual”<sup>5</sup>. Atendiendo a esta finalidad, la evaluación del desempeño, regulada en el Título V del PLFP, “consiste en un procedimiento en el que se lleva a cabo la valoración de la conducta profesional y en la medición del cumplimiento de objetivos colectivos e individuales con la finalidad de mejorar la productividad de las diferentes unidades y la calidad de los servicios públicos”<sup>6</sup>.

Sin embargo, como ha venido sucediendo con el modelo actual, uno de los aspectos más controvertidos del mencionado proyecto sigue siendo el alcance de las consecuencias derivadas los resultados aplicativos de los procedimientos de evaluación del desempeño que se implanten. En este sentido, siendo los mismos de aplicación generalizada y obligatoria, se establece que la evaluación tendrá “efectos directos en la progresión en la carrera profesional, en la acreditación de méritos para la provisión de puestos de trabajo, en la continuidad en el puesto de trabajo, en la percepción de retribuciones complementarias de carácter variable, en los términos previstos en esta ley o en el convenio colectivo de aplicación y en la valoración de las necesidades formativas, incentivando además la participación en acciones formativas voluntarias”<sup>7</sup>.

A pesar de las importantes repercusiones anudadas a este instrumento que, en último extremo, pueden conllevar la posibilidad de remover en su puesto de trabajo al funcionario que no la supere, no se concreta, sin embargo, ningún aspecto referido a los sistemas de evaluación, siendo una cuestión que deberá abordarse en cada una de las Administraciones. Todo ello, lógicamente, aboca a los empleados públicos a un panorama de incertidumbre e inquietud que, necesariamente, habrá que resolver mediante el establecimiento de procedimientos garantistas que respondan satisfactoriamente al nivel de exigencias que plantean los relevantes efectos mencionados. En esta línea, la negociación colectiva, pese a las limitaciones que se derivan del propio funcionamiento y la organización de la Administración<sup>8</sup>, está llamada a desempeñar un papel especialmente importante, ya que propicia la existencia de un cauce para la necesaria intervención de los interesados en el diseño e implantación de los respectivos sistemas de evaluación del desempeño.

## 2. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Como se refleja en su propia *Exposición de Motivos*, en el EBEP la evaluación del desempeño de los empleados públicos, que ya aparece configurada como una opción estratégica dirigida a mejorar continuamente el funcionamiento de la Administración en beneficio de los ciudadanos, tiene por objeto, básicamente, favorecer la motivación

---

<sup>5</sup> *Exposición de Motivos*, ap. V, del PLFP.

<sup>6</sup> *Ib.*

<sup>7</sup> *Ib.*

<sup>8</sup> Un exhaustivo análisis al respecto, en Gómez Caballero, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994; pp. 308 ss.



personal y el control interno. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que en este instrumento confluye buena parte de los objetivos vinculados a la realización de los principios de eficacia y eficiencia que han de informar la conformación y actuación de la organización administrativa *ex art.* 103.1 CE<sup>9</sup>. Se trata, por tanto, de uno de los elementos fundamentales de una Administración Pública moderna, y su implantación en nuestro ordenamiento jurídico, siendo una novedad en su día, resultaba homologable a las reformas en el empleo público acometidas con anterioridad en otros países europeos<sup>10</sup>.

Concebida como uno de los principales instrumentos dirigidos a la mejora de la gestión del personal en el ámbito público, la evaluación del desempeño podría definirse como “un proceso sistemático y periódico de estimación cuantitativa y cualitativa del grado de eficacia con el que las personas llevan a cabo las actividades y responsabilidades de los puestos que desarrollan”<sup>11</sup>. Como puede apreciarse, la evaluación del desempeño lleva implícita la idea, latente en el texto del EBEP (y explícita en su *Exposición de Motivos*), de la búsqueda de mayores dosis de eficiencia y la productividad en la gestión del personal al servicio de las Administraciones Públicas, propiciando que los empujados públicos “consigan ser eficaces con eficiencia”<sup>12</sup>, es decir, cumplan con su cometido de la mejor manera posible y economizando medios<sup>13</sup>.

De este modo, mediante la valoración del rendimiento y la conducta de los empleados públicos en el cumplimiento de las funciones encomendadas<sup>14</sup>, no sólo se distingue a quien mejor realiza su trabajo (favoreciendo la equidad), sino que, gracias a la información recabada en el proceso de evaluación, se logra que la organización en su conjunto sea más eficiente<sup>15</sup>. En efecto, como se ha señalado con acierto, “la evaluación del desempeño contribuye a incrementar la inteligencia de la organización al crear, como veremos, un árbol de objetivos y establecer la manera de alcanzarlos y controlar su desarrollo”, pero “también un elemento esencial de la justicia en la organización, ya que nos permite discriminar con mayor objetividad entre los empleados que más y mejor trabajan y los que lo hacen menos o peor”, siendo, en última instancia, “capaz de aportar soluciones en estos casos”<sup>16</sup>.

Desde esta perspectiva, la regulación jurídica contenida en el EBEP (contemplada, principalmente, en su art. 20<sup>17</sup>) constituyó en su momento un verdadero hito histórico, ya que declaraba obligatoria la implantación de sistemas de evaluación del desempeño

<sup>9</sup> En este sentido, Padilla Ruiz, “Los principios de eficacia y eficiencia en la actuación del empleado público y su conexión con la evaluación del desempeño”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10/2018 (BIB 2018/14130), pp. 3-4.

<sup>10</sup> González Hernández, “La evaluación del desempeño en el ámbito público: un recorrido desigual”, *Documentación Administrativa* (Nueva Época), 9/2022, p. 76.

<sup>11</sup> Álvarez Cortés, Rico Bueno, “La evaluación del desempeño y la Dirección de los Centros de Salud. STSJ Cont. Adm. Madrid 8 noviembre 2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 14/2012/2012; p. 4.

<sup>12</sup> PADILLA RUIZ, *art. cit.*, p. 13.

<sup>13</sup> *Ib.*

<sup>14</sup> Hay que tener en cuenta que ni las aptitudes ni las actitudes son susceptibles de evaluación, ya que las primeras, aun siendo medibles mediante pruebas o exámenes, no constituyen “desempeño”; y las segundas, aunque se reflejen en el desempeño, no son medibles (Adiego Samper, *Evaluación del desempeño: un sistema integral*, INAP, Madrid, 2015; p. 4).

<sup>15</sup> En este sentido, como señala la propia *Exposición de Motivos* del EBEP, “resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio”.

<sup>16</sup> Adiego Samper, *op. cit.*, p. 6.

<sup>17</sup> Aunque también hay que destacar las referencias existentes en otros preceptos del EBEP, como los dedicados a los “fundamentos de actuación” de las Administraciones Públicas en materia de personal (art. 1.3.i)), la evaluación del personal directivo (art. 13.3), los derechos a la progresión de la carrera profesional y a la promoción interna (art. 14.c), las retribuciones complementarias (art. 24.b) y c)), art. 17 b), además de las previsiones contenidas en el Código de Conducta que pueden tener una incidencia directa en la materia (arts. 52-54).

para todas las Administraciones Públicas y todos los empleados (incluidos los directivos), condicionando a sus resultados aspectos tan relevantes como la promoción profesional, las retribuciones complementarias, la formación o, incluso, la permanencia en el puesto de trabajo.

En suma, dados los efectos negativos y positivos que pueden derivarse de la evaluación del desempeño, esta aparece configurada en el EBEP como un deber para los empleados públicos, pero también como un derecho cuyo ejercicio se articula mediante un procedimiento destinado a medir y valorar, tanto la conducta profesional, como el rendimiento o el logro de resultados. De ahí que los procedimientos de evaluación del desempeño que se establezcan han de regirse por los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación (art. 20.3 EBEP), siendo necesario plasmar en un documento (resolución o acuerdo) el “sistema objetivo de evaluación”, evitando que las valoraciones sean subjetivas y regulando con precisión el alcance de sus efectos sobre cada uno de los aspectos concernidos.

En este sentido, hay que destacar el importante papel que puede desempeñar la negociación colectiva, reconocido en el propio EBEP (y reiterado en las respectivas legislaciones autonómicas)<sup>18</sup>, donde, de forma explícita, se establece que serán objeto de negociación, las normas que fijen “los criterios y mecanismos generales” en materia de evaluación del desempeño (art. 37.1.d), así como la fijación de los “criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos” (art. 37.1.c). Por tanto, en tanto que se trata de una materia que, además, es susceptible de afectar a las condiciones de trabajo y retribuciones de los funcionarios (art. 37.1.k), el sistema de evaluación del desempeño debe haber sido negociado y plasmado en el contenido de un Pacto o Acuerdo, para los funcionarios, o un Convenio colectivo, para el personal laboral y, posteriormente, debe ser aprobado por el órgano competente.

Ciertamente, además de las limitaciones de la negociación colectiva en la materia (habida cuenta de la presencia de intereses generales que es preciso tutelar), debe tenerse en cuenta el diferente alcance del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública y en el laboral, lo que, sin duda, habrá de proyectarse en la articulación e implementación de las medidas acordadas en la materia<sup>19</sup>. En cualquier caso, dada su naturaleza de “materia común” susceptible de tratamiento en una Mesa General (art. 36.3 EBEP), hay que destacar la especial idoneidad de la negociación colectiva para la regulación conjunta de los sistemas de evaluación del desempeño, garantizando la preservación del principio de igualdad entre los distintos colectivos de empleados públicos. Por último, además de garantizar la participación de los empleados (que ha de centrarse, principalmente, en la determinación de los objetivos asignados a su puesto), sería conveniente que en el modelo contemplado en el PLFP se previera también fórmulas que dieran cabida a la participación ciudadanos en los procedimientos de evaluación que se diseñen.

---

<sup>18</sup> Críticamente al respecto, Rastrollo Suárez (*op. cit.*, pp. 287-289), que considera que dicho papel puede poner en cuestión el principio de eficacia que debe regir el funcionamiento de la Administración.

<sup>19</sup> STS (CA) de 03/01/2013 (Rec. nº 165/2011).

### 3. LA DINÁMICA APLICATIVA DEL MODELO NORMATIVO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

No puede decirse, sin embargo, que la aplicación del modelo de evaluación del desempeño plasmado en el EBEP arroje una valoración positiva ni que, desde luego, haya logrado instaurar una práctica generalizada en la materia<sup>20</sup>. Entre los motivos que pueden explicar este insatisfactorio balance se encuentra el hecho de que la efectiva implantación de los sistemas de evaluación del desempeño precisaba, necesariamente, de la intermediación normativa de las respectivas leyes sobre Función Pública que se dictaran en desarrollo de las previsiones contenidas en aquel (DF 4ª EBEP), proceso que, a pesar de que, prácticamente, ha concluido en la actualidad, dista mucho de haber sido uniforme (al verificarse la existencia de importantes matices diferenciados en la ordenación de la materia), además de seguir un ritmo diferente de implantación en cada caso.

Por otra parte, no es posible desdeñar las dificultades técnicas inherentes al diseño de mecanismos de evaluación adaptados a las particularidades de cada una de las Administraciones y la diversidad de cometidos que integran la prestación de los respectivos servicios públicos<sup>21</sup>. A ello hay que añadir el hecho de que, a tenor de sus efectos, dicho diseño debe ser especialmente escrupuloso con el rigor en la observancia de todas aquellas garantías procedimentales que se dirijan a excluir cualquier atisbo de subjetividad que, a la postre, pueda inducir a sospechas de arbitrariedad o tendenciosidad en la aplicación de este instrumento.

Otro de los principales obstáculos de los sistemas de evaluación del desempeño en el ámbito de las Administraciones Públicas viene constituido, sin duda, por las carencias de las que adolecen los instrumentos de gestión propios de las mismas, como sucede, de forma señalada con las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), que, necesariamente, han de actuar como sus presupuestos aplicativos. En efecto, teniendo como propósito estructurar adecuadamente la organización administrativa del personal para atender de forma satisfactoria el cumplimiento de sus objetivos asignados a cada Administración, las RPT debe contener una definición clara y precisa de las funciones y tareas propias de cada puesto de trabajo, lo que no siempre ocurre<sup>22</sup>. En consecuencia, difícilmente puede evaluarse el desempeño de los mismos si, previamente, no están predeterminados los objetivos específicos que integran la labor que debe realizarse en cada caso. En suma, los objetivos deben ser “específicos, medibles, alineados con la estrategia de la organización en aras de la innovación y mejora, temporales y realistas”<sup>23</sup>. A ello hay que añadir, por otra parte, la creciente complejidad de las funciones encomendadas a los empleados públicos (incrementadas, sin duda, con la progresiva digitalización que están experimentando las mismas), lo que requiere sistemas de evaluación especialmente sofisticados que no siempre cuentan con los medios necesarios para ser implantados por parte de las Administraciones.

En cualquier caso, sería recomendable que, una vez elaboradas las respectivas RPT, tanto en el proceso de determinación de los objetivos propios de cada puesto (configurados, principalmente, a modo de “estándares o indicadores de rendimiento”),

<sup>20</sup> En este sentido, haciendo balance de los últimos quince años, Gonzalez Hernández, *op. cit.*, p. 77.

<sup>21</sup> Sobre las diferentes técnicas de evaluación del desempeño, v. Adiego Samper, *op. cit.*, pp. 8 ss.

<sup>22</sup> Sólo puntualmente, sin embargo, se encuentra alguna referencia al respecto en la legislación autonómica (v. art. 66.4 LEP Castilla-La Mancha). Críticamente al respecto, Rastrollo Suárez, *op. cit.*, p. 262.

<sup>23</sup> González Hernández, *op. cit.*, p. 77.

como en el establecimiento de los sistemas de evaluación del desempeño, se contara con la participación de los propios empleados públicos (lo que permite fomentar la comunicación y el entendimiento entre ellos y, al mismo tiempo, reduce la resistencia al cambio<sup>24</sup>), concretando de forma precisa los aspectos que van a someterse a evaluación y propiciando la adaptación de los mismos a las particularidades propias de cada Administración Pública y evitando que, a la postre, pudieran ser poco realistas<sup>25</sup>. De ahí que sea aconsejable que la fijación de dichos objetivos se realice al inicio de cada proceso de evaluación, tomando como referencia, no sólo el diseño de cada puesto de trabajo, sino las circunstancias concretas en las que se desenvuelve la actividad en cada caso, contando con la participación de los ciudadanos y, en última instancia, informando a los empleados de todos estos aspectos, como establece alguna legislación autonómica<sup>26</sup>.

Igualmente, siendo admisible el establecimiento de mecanismos de evaluación de objetivos colectivos (complementarios a los individuales)<sup>27</sup>, en tanto que permite a las Administraciones impulsar el trabajo en equipo<sup>28</sup>, sería necesario determinar con precisión su peso relativo en el proceso evaluador y sus eventuales efectos sobre la carrera profesional. En cualquier caso, quedaría proscrita la incorporación de elementos en el sistema de evaluación, como pueden ser los medios de acreditación de la actividad formativa desarrollada por el empleado, que excluyan de manera infundada determinados méritos, ya que ello constituiría un trato desigual injustificado contrario, además, a los principios de mérito y capacidad<sup>29</sup>.

Otro de los aspectos que debe ser objeto de determinación por parte de las respectivas leyes de Función Pública, habida cuenta de la ausencia de regulación al respecto por parte del EBEP, se refiere al órgano evaluador, siendo preciso concretar los requisitos exigibles al personal directivo con competencias en la materia a fin de garantizar la necesaria imparcialidad y reducir en lo posible la subjetividad en la evaluación, especialmente, en los casos en que esta recae en los superiores jerárquicos. En efecto, según se ha podido constatar en los estudios realizados sobre la materia, en este tipo de evaluaciones se producen una serie de sesgos (entre ellos, los llamados “efecto halo”, “similar a mí”, “reciente”, “contraste”<sup>30</sup>) que, a la postre, acaban desvirtuando sus resultados, haciendo que devengan ineficientes. De ahí que sea preciso introducir mecanismos en los sistemas de evaluación que garanticen los principios de imparcialidad, objetividad y transparencia plasmados en el EBEP (art. 20.4)<sup>31</sup>.

Finalmente, resulta especialmente controvertida en la práctica la aplicación de los efectos anudados a los resultados de la evaluación, dada las relevantes consecuencias que puede llevar aparejada para el empleado afectado, al incidir en aspectos como las condiciones retributivas, la promoción profesional o, incluso, la permanencia en el puesto

<sup>24</sup> Todolí Signes, *Retribuciones y evaluación del desempeño en el sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 75.

<sup>25</sup> En este sentido, un análisis sectorial al respecto en Todolí Signes, *op. cit.*, pp. 123 ss.

<sup>26</sup> Como es el caso de la ley castellano-manchega. Para un análisis crítico de los factores objeto de evaluación regulados en la misma, comparados con los (más precisos y adecuados) contemplados en la ley gallega, en Rastrollo Suárez, *op. cit.*, pp. 269 ss.).

<sup>27</sup> En la medida en que “el Estatuto Básico del Empleado Público, no hace referencia alguna a méritos individuales o colectivos, limitándose a indicar que la evaluación del desempeño en el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados” (STSJ (CA) Principado de Asturias 825/2012, de 17 de julio (Rec. n.º 126/2011), FJ 2.º. Destacando la creciente utilización de objetivos colectivos en la actualidad y su especial efectividad en relaciones de larga duración, Todolí Signes, *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>28</sup> González Hernández, *art. cit.*, p. 78.

<sup>29</sup> (STSJ (CA) Principado de Asturias 825/2012, de 17 de julio (Rec. n.º 126/2011), FJ 7.º.

<sup>30</sup> Una descripción de los mismos, en TODOLÍ SIGNES, *op. cit.*, p. 83.

<sup>31</sup> Para un análisis al respecto, v. *infra*, 3.2.

de trabajo. De ahí que sea exigible, como *conditio sine qua non*, una previa determinación legal de tales efectos, clarificando con precisión el alcance de los derechos y las obligaciones (señaladamente, en materia formativa) que se derivan de los resultados de las evaluaciones realizadas y, en el caso de que proceda la remoción del puesto de trabajo, teniendo en cuenta las garantías establecidas, a modo de mínimos de derecho necesario, en la legislación básica (art. 20.4 EBEP). En cualquier caso, a la hora de determinar las consecuencias de la evaluación, parece conveniente apostar por los refuerzos positivos frente a los negativos, evitando que supongan restricciones en los derechos de los empleados públicos que puedan afectar a su desarrollo profesional. En este sentido, hay que valorar positivamente que en el proceso de negociación entablado por el Gobierno y las centrales sindicales en torno al anteproyecto de ley<sup>32</sup>, se haya aceptado la eliminación, entre los efectos vinculados a una evaluación negativa, de la incoación de expedientes disciplinarios, así como la imposibilidad de promocionar o participar en los concursos y sistemas de provisión de puestos de trabajo, aunque se mantiene la eventual remoción del puesto de trabajo obtenido por concurso<sup>33</sup>.

#### 4. LAS GARANTÍAS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

La configuración jurídica de la evaluación del desempeño como un procedimiento administrativo va a permitir salvaguardar los intereses y derechos de los empleados públicos ante decisiones que, sin duda, van a tener cierta trascendencia para los mismos a tenor de las previsiones contenidas en el art. 20.3 EBEP. De este modo, con el objetivo de evitar que la discrecionalidad vaya en menoscabo de los derechos de los mismos, son de necesaria observancia, en tanto que informadores del procedimiento, los principios de transparencia, objetividad, imparcialidad e igualdad y no discriminación (art. 20.2 EBEP). Por su parte, los derechos a ser informados y a ser oídos se configuran, en todo caso, como presupuestos inherentes al desarrollo del procedimiento de evaluación.

##### 4.1. La evaluación como derecho y el principio de igualdad

Aunque la evaluación del desempeño se configura como un derecho-deber de todos los empleados públicos, persiste aún una cierta asimetría al respecto, carente de suficiente justificación, entre funcionarios y personal laboral que se proyecta, especialmente, en los efectos positivos vinculados a la misma, como es el caso de los complementos retributivos, quedando comprometidos, no sólo el principio de igualdad, sino también el de eficacia<sup>34</sup>. En efecto, teniendo en cuenta que la evaluación del desempeño está habitualmente anudada a la percepción de retribuciones complementarias, no son infrecuentes los conflictos generados en torno al reconocimiento del derecho, en los mismos términos que los funcionarios de carrera, de ciertos colectivos de empleados públicos a ser evaluados con el fin de optar a las mismas<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Documento sometido a trámite de audiencia e información pública desde el día 3 de enero de 2023 y disponible en <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/TEXTO-LeyGeneralFuncionPublica-APL-LFPAE-AUDIENCIA.pdf>

<sup>33</sup> <https://www.heraldo.es/noticias/economia/2023/01/20/evaluacion-negativa-desempeno-no-impedira-funcionarios-optar-concursos-publicos-promocion-interna-1625584.html>

<sup>34</sup> En este sentido, Rastrollo Suárez, *op. cit.*, p. 300.

<sup>35</sup> De modo que la configuración jurídica de tales complementos “deja en muchos casos en un limbo al personal laboral al servicio de la Administración” (Rastrollo Suárez, *op. cit.*, p. 297).

Desde la perspectiva del principio de igualdad, y tomando como referencia la jurisprudencia comunitaria (entre otras, la STJUE de 8 de septiembre de 2011) y el art. 4 de la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo de duración determinada, toda diferencia de trato entre funcionarios de carrera y temporales o interinos, debe estar justificada mediante razones objetivas, de modo que quede acreditado de forma fehaciente que la desigualdad resulta indispensable, a tenor de las circunstancias concurrentes, y responde a la persecución de un objetivo legítimo. Pero no puede estar basada, desde luego, en el mero hecho de la permanencia o temporalidad del vínculo.

De ahí que, atendiendo a tales parámetros, deba declararse nula la previsión legal, contemplada en una norma autonómica, que excluye a los funcionarios interinos de larga duración (más de 5 años de servicio<sup>36</sup>) del derecho a la progresión en la carrera horizontal, reconocido a los funcionarios de carrera (art. 16 EBEP)<sup>37</sup>, impidiéndoles la percepción del correspondiente complemento retributivo en caso de evaluación positiva (art. 17.b, 20.3 y 24 EBEP)<sup>38</sup>. No en vano, el sistema de carrera diseñado por cualquier Administración Pública “tiene por objeto incentivar la progresión profesional y retribuir la calidad del trabajo, la experiencia y conocimientos adquiridos, y el cumplimiento de los fines y objetivos de la Universidad, reconociendo y tomando en cuenta, para ello, la actividad previa y los méritos contraídos en el desempeño profesional del personal”<sup>39</sup>. Desde esta perspectiva, por tanto, carece de justificación que “el sistema de carrera y sus consecuencias estuvieran ineludiblemente vinculados a la condición de funcionario de carrera”, suponiendo una “evidente diferencia de trato” carente de justificación ante la inexistencia de razones objetivas que puedan servir de fundamento a la misma, ya que el único elemento diferenciador en la naturaleza temporal de la relación<sup>40</sup>.

La solidez argumental de la doctrina jurisprudencial referida ha propiciado su aplicación generalizada a los empleados públicos del conjunto de las Administraciones Públicas<sup>41</sup>, incluyendo aquellos colectivos que presentan ciertas especificidades, como es el caso del personal estatutario de los servicios de salud<sup>42</sup> o del personal al servicio de las universidades públicas. Así, de forma señalada, en relación con este último ámbito, resulta especialmente relevante la conflictividad suscitada en torno al personal docente e investigador, donde la concurrencia de una variada tipología de fórmulas de vinculación a las universidades contrasta con el reconocimiento exclusivo a los funcionarios de retribuciones complementarias ligadas a la evaluación del desempeño de la actividad docente e investigadora. Desde la perspectiva del principio de igualdad, resultaba difícilmente sostenible que, desempeñando las mismas funciones y tareas, se otorgara un trato diferente a unos y otros colectivos atendiendo al distinto tipo de vinculación

<sup>36</sup> STC 203/2000, de 24 de julio.

<sup>37</sup> Que debe ser considerada “condiciones de trabajo” a efectos de valorar una eventual diferencia de trato ex art. 4 de la Directiva 1999/70/CE. En este sentido, STS (CA) 1796/2018, de 18 de diciembre (Rec. n.º 3723/2017), recogiendo la argumentación contenida en el ATJUE de 22 de marzo de 2018 (as. C-315/1), relativo a una cuestión prejudicial planteada en torno a la exclusión indebida de la carrera horizontal de una funcionaria interina al servicio de una universidad pública.

<sup>38</sup> STS 248/2021, de 23 de febrero (Rec. n.º 661/2021).

<sup>39</sup> STS (CA) 1796/2018, de 18 de diciembre (Rec. n.º 3723/2017).

<sup>40</sup> *Ib.*

<sup>41</sup> V., entre otras, la STS 178/2019, de 6 de marzo (Rec. n.º 8/2018), que aplica la doctrina contenida en el ATJUE de 22/03/2018 (as. Pilar Centeno); y la STS 1269/2021, de 15 de diciembre (Rec. n.º 3791/2018).

<sup>42</sup> V., al respecto, la STSJ (CA) Comunidad Valenciana 225/2021, de 17 de marzo (Rec. n.º 409/2019), aplicando la doctrina contenida en la STS (CA) 294/2019 de 6 de marzo (Rec. n.º 5927/2017) y la STS 225/2020, de 18 de febrero (Rec. n.º 4099/2017). En la misma línea, v. STS (CA) 227/2019, de 21 de febrero (Rec. n.º 1805/2017) y STS 241/2022, de 24 de febrero (Rec. n.º 6642/2020), entre otras.

existente en cada caso<sup>43</sup>, a pesar de tratarse de situaciones “comparables”, algo que, sin duda, incrementaba las dosis de precariedad que aquejan al profesorado universitario no permanente<sup>44</sup>.

Así, partiendo de la premisa de que se evalúan “méritos de actividad”, se ha extendido el reconocimiento del derecho a solicitar la evaluación por la actividad docente desempeñada, a efectos de la adquisición y consolidación en su caso del correspondiente complemento retributivo (quinquenio), a todo el personal docente laboral, con independencia de la duración del vínculo contractual (indefinido o temporal) o el régimen de dedicación (a tiempo completo o parcial), ya que “para valorar la existencia del derecho”, no existe, respecto del profesorado permanente, “criterio objetivo alguno que diferencie a los dos colectivos”<sup>45</sup>.

Con idéntica fundamentación, se ha reconocido igualmente el derecho del profesorado no permanente a solicitar la evaluación de su actividad investigadora y, en su caso, percibir el correspondiente complemento retributivo (sexenio)<sup>46</sup>, que, como es sabido, no está ligado al puesto de trabajo sino a la productividad<sup>47</sup>, dada su vinculación a “la actividad realizada por el empleado público en cuestión y su fijación, a partir de su labor y de los criterios que definen este concepto retributivo”, que, en definitiva, responde a la dedicación, iniciativa e interés de cada empleado público<sup>48</sup>. Por tanto, “no existen diferencias entre el personal permanente y el temporal que justifiquen la desigualdad de trato; más aún si se tiene en cuenta que el derecho que se discute es, primariamente, el acceso a la evaluación de la actividad investigadora cada sexenio que, obviamente, tendrá en cuenta los resultados de la investigación que responden al esfuerzo personal o del equipo de investigación en el que se integre el docente, todo ello con independencia de la naturaleza, permanente o temporal de su contrato”<sup>49</sup>.

Percepción económica que, ante una evaluación positiva del desempeño investigador y el correspondiente reconocimiento del sexenio, procede en todo caso y no podría negarse por el mero hecho de que desempeñe la actividad a tiempo parcial<sup>50</sup>, pues ello no sólo sería contrario al principio de igualdad (ya que “la única diferencia descansa en la

<sup>43</sup> En este sentido, y en relación con la diferencia de trato en materia de trienios entre profesores contratados doctores y profesores ayudantes doctores, v. ATJUE de 18/03/2011 (As. Montoya Medina).

<sup>44</sup> De ahí que la eliminación de dicha precariedad y la apuesta decidida por la estabilización se encuentren entre los objetivos prioritarios del nuevo marco normativo instaurado por la recientemente aprobada LO 2/20203, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), como explícitamente se manifiesta en su *Exposición de Motivos*. Sobre el alcance de esta reforma, donde se pone de relieve “una creciente e intensa laborización del empleo público universitario”, v. García Blasco, “Empleo público universitario y contratación laboral en la reciente Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU): del grupo normativo regulador a las fuentes del Derecho de aplicación”, *Briefs AEDTSS*, 31/2023 (disponible en <https://www.aedtss.com/empleo-publico-universitario-y-contratacion-laboran-en-la-reciente-le-y-orgánica-del-sistema-universitario-losu-del-grupo-normativo-regulador-a-las-fuentes-del-derecho-de-aplicacion/>); también, en la misma línea, ROMERO BURILLO, “La contratación laboral del personal docente e investigador en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario”, *Briefs AEDTSS*, 29/2023 (disponible en [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/29\\_Brief-AEDTSS\\_ANA-ROMERO-BURILLO-1.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/29_Brief-AEDTSS_ANA-ROMERO-BURILLO-1.pdf)).

<sup>45</sup> STS (Social) 1111/2020, de 10 de diciembre (Rec. n.º 65/2019), comentada por Moreno Pérez, “¿Más igualdad o menos precariedad?: el complemento docente del profesorado universitario temporal tras la correspondiente evaluación de méritos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1111/2020, de 10 de diciembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 45572021, 247-253. En el mismo sentido, v. STSJ Andalucía/Granada (CA) 2467/2021, de 14 de junio (Rec. n.º 706/2021).

<sup>46</sup> STSJ (Social) Madrid 335/2020, de 28 de abril (Rec. n.º 815/2019), cuya doctrina ha sido ratificada por la reciente STS 70/2023, de 25 de enero (Rec. n.º 117/2020).

<sup>47</sup> Como ha sido calificado por la STC 26/2016, de 18 de febrero.

<sup>48</sup> SSTs de 17/02/2022 (Recs. n.º 189/2020 y 376/2020).

<sup>49</sup> STS 70/2023, de 25 de enero (Rec. n.º 117/2020), FJ 4.º 1.

<sup>50</sup> Así, en el caso de un funcionario docente, v. STSJ Madrid (CA) 982/2022, de 31 de octubre (Rec. n.º 1794/2021). En el mismo sentido, v. STSJ Andalucía/Granada (CA) 2143/2021, de 24 de mayo (Rec. n.º 42/2020).

menor dedicación a la docencia y la exclusión de las funciones de gobierno”<sup>51</sup>), sino que además, hace abstracción de su finalidad, dada la configuración legal de la investigación “como fundamento esencial de la docencia universitaria, así como una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de la investigación”<sup>52</sup>, de ahí “la importancia de la generación del conocimiento en todos los ámbitos, su difusión y su puesta en práctica para la obtención de un beneficio social o económico a través de la relevancia de la investigación”<sup>53</sup>. Consecuentemente, “a tales finalidades sirve toda investigación que se realice en el ámbito universitario con independencia del origen personal de la misma, ya que la investigación es un derecho y un deber del personal docente e investigador”<sup>54</sup>.

#### **4.2. Las exigencias derivadas de los principios de objetividad, transparencia e imparcialidad en los sistemas de evaluación**

La objetividad y la transparencia en el diseño e implantación de los sistemas de evaluación constituyen presupuestos esenciales para garantizar la preservación de los intereses de los empleados públicos, hasta el punto de que, en algunas legislaciones autonómicas<sup>55</sup>, se configuran como derechos individuales de los mismos. No en vano, el propio EBEP supedita el despliegue de los efectos más relevantes vinculados a los resultados de las evaluaciones (retribuciones complementarias, promoción profesional y cese del puesto de trabajo) a la existencia de “sistemas objetivos” de evaluación del desempeño debidamente documentados (art. 20.5).

En consecuencia, partiendo de la premisa de que para impulsar la motivación, los sistemas de evaluación deben ser percibido como objetivos y equitativos<sup>56</sup>, hay que evitar, en primer lugar, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (tales como la lealtad o la probidad como parámetros de conducta) en la determinación de los mismos, ya que ello propicia la existencia de interpretaciones tendenciosas por parte de los evaluadores<sup>57</sup>, especialmente, en aquellos supuestos en los que la evaluación se realiza por los superiores jerárquicos<sup>58</sup>. En cualquier caso, dado que entre las dimensiones evaluables se encuentra a actitud y conducta del empleado en el desempeño de su actividad, cabe la posibilidad de establecer como aspectos susceptibles de evaluación el “compromiso con la organización”, el “uso adecuado del tiempo o de los recursos laborales” o la “asistencia al trabajo y uso eficiente del tiempo”, siempre y cuando aparezcan debidamente definidos, sin perjuicio de que algunos de ellos puedan configurarse, además, como deberes de obligado cumplimiento susceptibles de sanción en caso de inobservancia, pues “nada impide que el correcto cumplimiento de las obligaciones constituya un elemento más de evaluación profesional”<sup>59</sup>.

Por otra parte, estrechamente vinculada a los principios de objetividad y transparencia, debe garantizarse una cierta previsibilidad en la aplicación de los procedimientos de evaluación, de ahí que deba estimarse positiva la exigencia, contemplada en el art. 85

<sup>51</sup> STSJ Madrid (CA) 982/2022, de 31 de octubre (Rec. n° 1794/2021).

<sup>52</sup> STS 70/2023, de 25 de enero (Rec. n° 117/2020), FJ 4°.1.

<sup>53</sup> STSJ Madrid (CA) 982/2022, de 31 de octubre (Rec. n° 1794/2021)

<sup>54</sup> STS 70/2023, de 25 de enero (Rec. n° 117/2020), FJ 4°.1.

<sup>55</sup> Como es el caso de la Ley Valenciana (art. 66.c de Ley 10/2010).

<sup>56</sup> Adiego Samper, *op. cit.*, p. 7.

<sup>57</sup> Rastrollo Suárez, art. cit.

<sup>58</sup> STSJ Aragón 667/2016, de 19 de octubre; STSJ Castilla-La Mancha... /2015, de 18 de enero. STS de 20/10/2015.

<sup>59</sup> STSJ (CA) Principado de Asturias 825/2012, de 17 de julio (Rec. n° 126/2011), FJ 2°.



PLFP de que toda Administración elabore previamente su respectivo “instrumento de planificación estratégica” y que, además, transcurra un plazo de tiempo determinado (dos anualidades) para que sean efectivas las consecuencias previstas en los sistemas de evaluación implementados. Por su parte, parece recomendable la participación de los sindicatos en las comisiones encargadas de elaborar los procedimientos de evaluación, sin que ello suponga, necesariamente, que dicha participación deba extenderse también a las propias comisiones de evaluación.

En cualquier caso, la solución de optar por un órgano evaluador externo y de carácter colegiado (prevista en algunas legislaciones autonómicas<sup>60</sup>) frente a la intervención exclusiva del superior jerárquico (cuya labor debería quedar circunscrita en principio a la participación en la determinación de los objetivos) parece más adecuada<sup>61</sup>, al evitar eventuales sesgos valorativos, derivados de los riesgos de subjetividad y parcialidad (especialmente, en los casos en los que el superior es un cargo político) que podrían verificarse en este supuesto. En este sentido, resultaría claramente improcedente que, en el caso de cargos de confianza, ejerciera como evaluador el superior jerárquico responsable de su nombramiento<sup>62</sup>. Finalmente, las exigencias de imparcialidad y objetividad también han de predicarse del órgano encargado de resolver los recursos y reclamaciones frente a los resultados de la evaluación, garantizando la independencia y autonomía funcional de los mismos.

Precisamente por ello, en aras de hacer efectivas tales exigencias, sería deseable apostar por la creación de órganos de evaluación independientes que tengan competencia en la determinación de los aspectos que integran las diferentes fases del proceso de evaluación (impulsar el análisis y descripción de los puestos de trabajo, creación de los órganos encargados de fijar los objetivos de cada unidad y de evaluar su cumplimiento y resolución de recursos)<sup>63</sup>.

De ahí que haya que valorar positivamente la previsión contenida en el proyecto de implantar una “Comisión de Coordinación de la Evaluación del Desempeño” (art. 144 PLFP), cuya composición debería garantizar dicha independencia a la hora de validar los sistemas de evaluación diseñados o de resolver los recursos que puedan plantearse. Igualmente, tiene como función revisar los sistemas de evaluación del desempeño que estén vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de la Función Pública (DT 3ª PLFP). Por último, los efectos previstos para los empleados públicos resultantes de estos procedimientos de evaluación estarán supeditados a la mencionada validación por dicho organismo.

## 5. CONCLUSIONES

Como elocuentemente se ha señalado, “las palabras rotundas que prometen la justicia y la igualdad se quedan en el aire si no cuentan con la letra pequeña y nada heroica de los procesos administrativos que las conviertan en actos verdaderos, ágiles y al mismo tiempo sometidos al control de legalidad y de la eficiencia. Cuanto más necesitadas, más

---

<sup>60</sup> Concretamente, en las leyes gallega, vasca y castellano y leonesa. Criticando, no obstante, la participación sindical prevista en esta última, RASTROLLO SUÁREZ, *op. cit.*, p. 280.

<sup>61</sup> Así, Rastrollo Suárez, *op. cit.*, pp. 276-277.

<sup>62</sup> En este sentido, v. STSJ (CA) Principado de Asturias 825/2012, de 17 de julio (Rec. nº 126/2011), comentada por Rastrollo Suárez, *op. cit.*, p. 278; y confirmada por la STS (CA) de 19/02/2014 (Rec. nº 3518/2012).

<sup>63</sup> En este sentido, Rastrollo Suárez, *op. cit.*, p. 286.

débiles, más desprotegidas las personas, con más urgencia necesitan los servicios que solo puede ofrecer una buena Administración pública<sup>64</sup>.

Por tanto, partiendo de la premisa que una Administración Pública moderna no puede ser ajena a los principios de eficacia y eficiencia en el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas, y de que “no hay Administración de calidad sin un buen sistema de empleo público”<sup>65</sup>, resulta imprescindible impulsar una gestión profesional de los recursos disponibles, incorporando mecanismos que mejoren los procedimientos selectivos, establezcan técnicas de control y promuevan la motivación, incentiven la innovación y el desarrollo de habilidades y competencias de los empleados públicos. Por ello, constituyendo un presupuesto esencial la necesaria imbricación entre una prestación óptima de los servicios públicos a los ciudadanos y el reconocimiento del esfuerzo y capacidades de los empleados, es preciso involucrar a estos, a través del cauce de interlocución y representación de intereses que proporciona la negociación colectiva, en el diseño e implementación generalizada de sistemas de evaluación del desempeño objetivos, transparentes e imparciales, que eludan todo atisbo de arbitrariedad y, además, tengan la capacidad de responder con eficacia a las exigencias planteadas por las peculiaridades inherentes a cada Administración Pública.

En cualquier caso, la configuración jurídica de la evaluación del desempeño, no sólo como un derecho, sino también como un deber sobre el que se asiente el eje de un nuevo modelo de gobernanza requiere, como premisa esencial, la existencia de un contexto organizativo propicio, con una ordenación de puestos de trabajo diseñada con transparencia y racionalidad y dotado de los medios y recursos precisos para el desempeño de las funciones encomendadas a los empleados. En este sentido, hay que tener en cuenta que el incremento de la eficacia y eficiencia de los servicios públicos pasa hoy día, en gran medida, por la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación a los mismos, como se pone de manifiesto en los países de nuestro entorno. En nuestro país, no obstante, la digitalización de las Administraciones Públicas no se está desarrollando de manera satisfactoria, como se percibe por parte de los ciudadanos, que aprecian la existencia de un importante desajuste al respecto que, inevitablemente, repercute muy negativamente en la calidad del servicio prestado.

La respuesta frente a tales insuficiencias no es, sin embargo, la privatización o externalización de los servicios y la reducción de los empleados públicos, como se propone acriticamente desde ciertos sectores políticos, sino la introducción de mejoras en la prestación de los mismos que redunden en la eficacia y eficiencia de la Administración Pública, cumpliendo así con el mandato establecido en el art. 103.1 CE. Ello requiere, fundamentalmente, una fuerte inversión en medios y herramientas apropiadas, pero también en formación, de modo que el personal al servicio de las distintas administraciones tenga capacidad para cumplir adecuadamente con sus obligaciones en el nuevo entorno digital, evitando al mismo tiempo los problemas vinculados al uso de sistemas de inteligencia artificial y algoritmos, tanto en el eventual establecimiento de mecanismos de control y evaluación del desempeño profesional, como en la gestión automatizada de los servicios prestados a los ciudadanos con el fin, en última instancia, de que sus derechos queden preservados.

En suma, y con independencia del alcance de las medidas específicas que finalmente aparezcan contempladas en el PLFP y en sus normas de desarrollo, sólo partiendo de los

---

<sup>64</sup> Muñoz Molina, “Vuela usted mañana”, *El País*, 06/05/2023.

<sup>65</sup> Exposición de Motivos PLFP.

presupuestos apuntados, sería posible implantar un sistema de evaluación del desempeño de los empleados públicos que tenga capacidad de contribuir a lograr una Administración Pública moderna y alejada de las inercias que, tradicionalmente, han propiciado su inoperatividad y han lastrado su eficiencia en el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas al servicio de la ciudadanía. Se trata, sin duda, de un reto relevante, pero que no puede ser postergado, habida cuenta de que de ello depende, en gran medida, el progreso social y económico de nuestro país.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA:**

ADIEGO SAMPER, *Evaluación del desempeño: un sistema integral*, INAP, Madrid, 2015.

ÁLVAREZ CORTÉS/RICO BUENO, “La evaluación del desempeño y la Dirección de los Centros de Salud. STSJ Cont. Adm. Madrid 8 noviembre 2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 14/20122/2012.

GARCÍA BLASCO, “Empleo público universitario y contratación laboral en la reciente Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU): del grupo normativo regulador a las fuentes del Derecho de aplicación”, *Briefs AEDTSS*, 31/2023 (disponible en <https://www.aedtss.com/empleo-publico-universitario-y-contratacion-laboran-en-la-reciente-ley-organica-del-sistema-universitario-losu-del-grupo-normativo-regulador-a-las-fuentes-del-derecho-de-aplicacion/>).

GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “La evaluación del desempeño en el ámbito público: un recorrido desigual”, *Documentación Administrativa* (Nueva Época), 9/2022 (pp. 75-91).

MORENO PÉREZ, “¿Más igualdad o menos precariedad?: el complemento docente del profesorado universitario temporal tras la correspondiente evaluación de méritos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1111/2020, de 10 de diciembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455/2021, 247-253.

PADILLA RUIZ, “Los principios de eficacia y eficiencia en la actuación del empleado público y su conexión con la evaluación del desempeño”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10/2018 (BIB 2018/14130).

RASTROLLO SUÁREZ, *Evaluación por desempeño en la Administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, TLB, Valencia, 2018.

ROMERO BURILLO, “La contratación laboral del personal docente e investigador en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario”, *Briefs AEDTSS*, 29/2023 (disponible en [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/29\\_Brief-AEDTSS\\_ANA-ROMERO-BURILLO-1.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2023/03/29_Brief-AEDTSS_ANA-ROMERO-BURILLO-1.pdf)).

TODOLÍ SIGNES, *Retribuciones y evaluación del desempeño en el sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

# **EL DERECHO DE HUELGA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

Universidad de Córdoba

## SUMARIO:

1. EL DERECHO DE HUELGA EN EL EMPLEO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA INCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DENTRO DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA
2. ASPECTOS ACTUALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL EMPLEO PÚBLICO
3. CONCLUSIONES

## 1. EL DERECHO DE HUELGA EN EL EMPLEO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA INCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DENTRO DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA

La Ley 7/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>1</sup> (en adelante EBEP) puso fin, definitivamente, a las dudas doctrinales que, tras la aprobación de la Constitución, se plantearon en torno a la extensión del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga a los empleados públicos en general y, en particular, a los funcionarios públicos. Al contrario de lo establecido en la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, en la que sólo indirectamente se admitía tal derecho, el art. 15 de la EBEP lo consagró, por primera vez, de manera explícita entre los derechos individuales de los empleados públicos ejercidos colectivamente.

Como se sabe, una interpretación restrictiva del término trabajadores utilizado por el art. 28.2 CE podría llevar a excluir a aquellos que se encuentran fuera de la delimitación dada por el Estatuto de los Trabajadores a tal categoría. A esta concepción restrictiva se sumaron, con un objetivo de limitación del derecho fundamental, autores como Alonso Olea<sup>2</sup>, así como ciertos administrativistas<sup>3</sup>. Por el contrario, la mayoría de la doctrina laboralista se adscribió a una concepción amplia del concepto de trabajador de aquel precepto a los efectos de atribuir a los funcionarios la titularidad del recién estrenado en nuestro país derecho huelga<sup>4</sup>.

No obstante, desde la aprobación de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, estas dudas comenzaron a disiparse toda vez que la extensión de este derecho de libertad sindical a los funcionarios implicaba, también, la atribución del derecho de huelga como parte del contenido esencial de aquel. Es decir, se abalaba la posición doctrinal que, a través de la interpretación sistemática del art. 28 CE en relación con el resto de las referencias que la constitución realiza a término trabajador, en especial, por la referencia genérica del artículo 7 a sindicatos de trabajadores, llevaba a atribuir el derecho de huelga también a los funcionarios públicos.

Asimismo, también fue justificada tal inclusión como consecuencia de una interpretación finalista de tales derechos. Dado que la libertad sindical se encuentra vinculada al derecho de huelga, el reconocimiento de aquella a los funcionarios públicos ha de conllevar, lógicamente, el reconocimiento de la huelga.

Nuestro Tribunal Constitucional mantuvo una actitud elusiva respecto a la posible extensión de tal derecho a los funcionarios públicos. Así, por ejemplo, en un juego de malabares paradigmático, la STCo. 11/81, de 8 de abril, vino a establecer que «el eventual derecho de huelga de los funcionarios no está regulado por el Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, y por consiguiente tampoco prohibido» (FJ 13)<sup>5</sup>. No obstante, tampoco podemos encontrar en esa jurisprudencia un deseo de exclusión

<sup>1</sup> Actualmente, Real Decreto Legislativo 5/15, de 30 de octubre.

<sup>2</sup> Al respecto, puede verse Alonso Olea, M., «Huelga de funcionarios. Comentario a la Sentencia 90/84, de 5 de octubre», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo V, 1985, Madrid, Civitas.

<sup>3</sup> Imbrid Irujo, A., «La problemática actual de la huelga de funcionarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 19, 1978, p. 602.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Sala Franco, T. y Goerlich Peset, J.M., «La huelga de funcionarios públicos», *Relaciones Laborales*, nº 4, 1985, p. 665; López Gandía, J., «Las relaciones colectivas en el empleo público», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 93, 1980, p. 409.

<sup>5</sup> Gómez Caballero, P., «El derecho de huelga en la Función Pública», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 27, 1986, p. 390.

expresa de los empleados públicos del derecho fundamental<sup>6</sup>, aunque incluso después de la aprobación de la LOLS evitó su claro reconocimiento<sup>7</sup>.

Esta falta de arrojo de nuestro Constitucional contradecía, asimismo, los propios compromisos derivados de la ratificación por España de importantes instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho de huelga a los funcionarios públicos. Así, por ejemplo, podríamos citar el art. 6.4 de la Carta Social Europea o el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Como antes adelantamos, estas cuestiones quedaron orilladas tras su proclamación en el art. 15 de la LBEP. Conforme este precepto, los empleados públicos tienen, entre sus derechos individuales de ejercicio colectivo, el de ejercer el derecho de huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. No obstante, es conveniente profundizar en la consideración de si se trata de una mera opción legislativa que hubiera permitido una exclusión más o menos amplia o si, por el contrario, no cabía otra solución.

Básicamente, esta reflexión ha de partir de la dificultad de extender, en sus términos clásicos, la existencia de un conflicto de trabajo-capital en sentido estricto en el marco de la prestación de trabajo en favor de la Administración Pública. En realidad, tras esta aproximación se encuentra la reflexión sobre si los funcionarios públicos poseen o no un interés de clase que oponer a una “empresa” que representa, en teoría, el interés general. No obstante, la mayor parte de las iniciales reflexiones doctrinales buscaban obtener del precario dato normativo una interpretación plausible sin necesidad de abordar tales cuestiones de fondo.

Sin embargo, incluso en un contexto como el actual en el que tal extensión se reconoce expresamente, terminan aflorando siempre tales cuestiones. En primer lugar, por el hecho de que haya de justificarse la exclusión de determinados colectivos de funcionarios del derecho de huelga y, en segundo lugar, por la fuerte distorsión que para el ejercicio de este derecho de los empleados públicos supone la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, dado que, mayoritariamente, habrán de ser ellos los que garanticen tal mantenimiento. Sin olvidar, además, el precario derecho de negociación colectiva actualmente reconocido a los empleados públicos y su inevitable incidencia en el ejercicio de este derecho.

Como se sabe, el texto constitucional establece como límite del derecho de huelga el necesario respeto de los servicios esenciales de la comunidad. Dado que son los empleados públicos los que de manera más habitual garantizan dichos servicios, serán estos los que más verán limitada su capacidad. Dicho de otro modo, el funcionario público ve limitado su derecho de huelga por cuanto que su interés como colectividad de trabajadores ha de ceder ante bienes jurídicos igualmente necesitados de protección.

Si analizamos el derecho de huelga desde el punto de vista del daño que es susceptible de ocasionar su ejercicio, en el caso de la mayor parte de los trabajadores el límite del derecho de huelga estaría en la imposibilidad de abusos. No obstante, cuando se ejerce respecto de servicios esenciales, tal límite se encuentra en la necesaria ponderación de sacrificios entre los derechos afectados. Baste recordar, a este respecto, la fuerte

---

<sup>6</sup> Borrajo Dacruz, E., «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 2, 1981.

<sup>7</sup> Monereo Pérez, J.L., «El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos sociales*, vol. 11, nº 2, p. 56.

vinculación que históricamente ha existido entre el ejercicio de derecho de huelga por los funcionarios públicos y los delitos contra el Estado. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos incurrieron tradicionalmente en el delito de sedición como consecuencia de la generación de «trastornos» en los servicios públicos. (art. 222 CP redacción dada por la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo).

Todos los matices aquí apuntados son los que permiten, con mayor o menor justificación, la exclusión de ciertos colectivos de funcionarios de la titularidad del derecho de huelga. Así, por ejemplo, siguen excluidos de este derecho fundamental los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas o Institutos armados, dada la posibilidad expresamente prevista en el art. 28.1 CE. Del mismo modo, el art. 127.1 CE también excluye del derecho de libertad sindical a los Jueces, Magistrados y Fiscales. No tienen excluido este colectivo el derecho de huelga expresamente, pero sí se les diferencia del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, dado que no se les menciona en el art. 496 d) de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Por último, es necesario recordar que el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado prohíbe la huelga para los funcionarios de policía, a pesar de que no existe previsión alguna en el art. 28.1 CE. Al respecto, es interesante traer a colación la justificación, en la línea por nosotros apuntada, dada por la Exposición de Motivos de tal norma. Conforme a esta, la exclusión de este colectivo de trabajadores obedece no a razones jurídicas sino de carácter político ya que son «los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admiten interrupción» los que justifican la exclusión. Se trata, como puede comprobarse, de una justificación semejante a la esgrimida respecto a la protección de los servicios esenciales de la comunidad, pero de carácter genérico y para toda circunstancia.

Hemos de realizar un par de precisiones terminológicas antes de avanzar en el estudio aquí propuesto. En concreto, ha de recordarse que el EBEP no solo trata de regular la relación existente entre el funcionario público y la Administración, sino que pretende llevar a cabo una regulación global. Así, junto a tales funcionarios, esta norma es de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 1.2). Esta equiparación es total en lo referente a la extensión del derecho de huelga (art. 15 c), pero no así en otros aspectos aquí tratados como el referido al derecho de negociación colectiva.

En segundo lugar, el enunciado del precepto («derechos individuales ejercidos colectivamente») se adscribe a la doctrina elaborada por la STCo. 11/81, por cuanto que los empleados públicos no pueden interrumpir sus servicios individualmente, sino que les otorga la legitimidad de hacerlo en el marco de una cesación colectiva instada por sus representantes.

## 2. ASPECTOS ACTUALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA EN EL EMPLEO PÚBLICO

### 2.1. Régimen jurídico del derecho de huelga

Como hemos avanzado, el EBEP supuso el reconocimiento explícito del derecho de huelga de manera genérica, salvo excepciones, a todos los empleados públicos con independencia de la vinculación laboral o administrativa que les relacione con la Administración pública. No obstante, este reconocimiento no despeja la totalidad de los problemas respecto a su régimen jurídico. En concreto, tal reconocimiento no implica la aplicación del único y precario régimen jurídico que todavía regula el derecho fundamental de huelga en nuestro país, que expresamente limita su aplicación al «ámbito de las relaciones laborales».

Ante esta falta de regulación del ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos, se apuesta por la aplicación analógica del RDLRT o por considerar este como «directriz o marco de referencia» de dicho ejercicio<sup>8</sup>. Sea como fuere, es cierto que nuestra jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, se ha venido valiendo de este Real Decreto para solventar las múltiples cuestiones que tal ejercicio genera<sup>9</sup>, aplicando el mismo con carácter supletorio.

En especial, se ha acudido por nuestros Tribunales a la regulación general del derecho de huelga para solventar las cuestiones que se han planteado respecto a la determinación de los servicios mínimos cuando se vean afectados servicios esenciales de la comunidad<sup>10</sup>. Así, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) de 10 de mayo de 1986 mantuvo que «hay que destacar que la huelga de funcionarios, admitida por la jurisprudencia como lícita, no queda regulada por el RD-Ley 17/77, de 4 de marzo, ni por ningún otro texto legal. Ahora bien, tratándose de un derecho fundamental es evidente que tal carencia normativa no puede significar, en modo alguno, obstáculo para su ejercicio. Al cual ha de aplicarse, con las especificaciones que postula la relación funcionarial, el marco general de aquel Decreto-Ley, según las derogaciones y directrices interpretativas señaladas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981».

### 2.2. Ejercicio del derecho de huelga y concepto flexible de servicios esenciales

Conforme a lo expuesto, una vez admitida la titularidad del derecho de huelga a los empleados públicos en su conjunto salvo las excepciones enunciadas, hemos de recordar que su ejercicio se encuentra condicionado por la necesidad de salvaguarda del mantenimiento de los servicios esenciales, expresamente mencionada en los arts. 15 c) y 95.2 m) EBEP. Si bien este mantenimiento no solo incumbe a los empleados públicos, serán estos los más afectados por cuanto que es más habitual que tales servicios esenciales sean prestados por estos trabajadores.

El concepto de servicio esencial no aparece definido por la constitución. Por tanto, habrán de ser nuestros Tribunales los encargados de determinar qué se entiende por

<sup>8</sup> Matia Prim, «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la STCO de 8 de abril de 1981», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 2, pp. 131 y ss; y DURÁN LÓPEZ, F., «El ejercicio del derecho de huelga en la función pública», *Temas Laborales*, nº 9, 1986, p. 17.

<sup>9</sup> Castiñeira Fernández, J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2006, pp. 82-83.

<sup>10</sup> Sala Franco, T., «Acercas del derecho de huelga de los funcionarios públicos», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº especial, 2023, p. 96.



tales. Al respecto, a juicio del Tribunal Constitucional<sup>11</sup>, «los servicios esenciales de la comunidad no hacen referencia a concretas actividades industriales o mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad; el concepto de servicios esenciales en realidad se está refiriendo a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige». Como consecuencia de este punto de partida, se puede concluir a juicio del Constitucional, que no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial. Por el contrario, para que dicha actividad productiva alcance el carácter de esencial será necesario que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija su mantenimiento. Todo ello, en la medida e intensidad que se requiera. En definitiva, si ninguna actividad es en sí misma esencial, habrá que analizar en cada caso concreto si es necesario mantenerla y en qué grado para que no se vean afectados los intereses a salvaguardar.

El concepto de servicio esencial queda, pues, enormemente abierto. Dependerá de la concreta orientación jurisprudencial la determinación de los márgenes del derecho de huelga, lo que en definitiva se constituye en una permanente amenaza del derecho de huelga de los encargados, mayoritariamente, de desempeñarlos<sup>12</sup>. En palabras del Tribunal constitucional, «la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, entendiéndose por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos con la consecuencia de que a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial» (STCo. 51/86, de 24 de abril). Ello ha supuesto, en la práctica, «una acumulación progresiva de sectores reputados esenciales a efectos de limitar en los mismos el ejercicio del derecho de huelga»<sup>13</sup>.

Esta “acumulación” afecta de manera especial a los empleados públicos puesto que, lógicamente, el concepto de servicio público se encuentra, en muchas ocasiones, unido a las actividades productivas que más susceptibles son de considerarse como servicios esenciales de la comunidad. Se evidencia, pues, una clara aproximación entre servicio público y servicio esencial.

Otra cuestión interesante y que de nuevo incide en la doble condición de servidores públicos y trabajadores de este colectivo, es el relativo a la posible delegación de la facultad de determinación de los servicios esenciales por parte de la Autoridad gubernativa en favor de la empresa pública afectada.

Esta cuestión es resuelta por el Tribunal Constitucional proclamando el carácter irrenunciable de esta facultad gubernativa<sup>14</sup>. La autoridad competente, en cuanto dotada de imparcialidad en relación con las partes en conflicto, es la única facultada para determinar las medidas necesarias para el mantenimiento de los servicios mínimos. La empresa sólo puede completar técnica y funcionalmente las previsiones de la disposición sobre el mantenimiento de los servicios esenciales. Asimismo, es posible que la autoridad gubernativa acepte las iniciativas de la dirección de la empresa, siempre que la decisión adoptada provenga inequívocamente de aquella autoridad, asegurándose así que dicha decisión responda, no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar los servicios esenciales para la comunidad.

---

<sup>11</sup> Véanse las SSTC 26/1981, de 17 de julio, F. 10; 51/1986, de 24 de abril, F. 2; 53/1986, de 5 de mayo, F. 3; 43/1990, de 15 de marzo, F.5 c ); 148/1993, de 29 de abril, F. 5).

<sup>12</sup> Pérez Rey, J., «Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general», *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, pp. 195-210.

<sup>13</sup> Monereo Pérez, J.L., «El derecho fundamental de huelga de los empleados públicos», *cit.*, p. 72.

<sup>14</sup> SSTCo. 183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio.

Concluye, pues, el Alto intérprete de la Constitución manteniendo que no cabe que la autoridad gubernativa abandone en manos del empleador la facultad de determinar el personal mínimo necesario para atender los servicios previamente fijados con audiencia únicamente de la parte empresarial y con un margen de actuación tan amplio como el que se estableció en el correspondiente Decreto. Por ello, el apoderamiento a favor de quien no es la autoridad gubernativa supone la vulneración del derecho de huelga en la medida en que excede de la mera ejecución o puesta en práctica de las medidas limitativas del derecho, incidiendo en su propio contenido y delimitación.

### **2.3. Arbitrariedad consciente en la determinación de los servicios mínimos**

La manera más efectiva de limitar el derecho de huelga de los empleados públicos, conforme a lo adelantado, consiste en el abuso en la determinación de qué se entiende por servicios esenciales y la tendencia a equiparar servicio público y servicios esenciales. En esta misma línea, la determinación de los servicios mínimos a prestar se puede convertir en otra eficaz limitación de tal derecho.

En el caso de los empleados públicos, se produce al respecto una peligrosa coincidencia de intereses entre el sujeto frente al que se plantea la huelga y el competente para determinar el porcentaje de trabajo necesario para atender suficientemente los servicios esenciales. De este modo, se puede fácilmente imaginar la imposición de servicios mínimos con el propósito, no de garantizar los servicios mínimos adecuados, sino de hacer la huelga ineficaz.

En este sentido, baste recordar la imposición de servicios mínimos claramente abusivos por parte de la Conserjería de Sanidad de Madrid, alcanzando el 100% de los mismos en las recientes huelgas del sector. Al respecto se ha comenzado a barajar si este menoscabo, en el caso de que sea consciente, pudiera constituir la conducta tipificada por el art. 315.1 Código Penal. Al respecto, se alude de cara a la activación de tal precepto a la necesidad de que la Autoridad Gubernativa no motive su resolución adecuadamente. Por otra parte, sería necesario que concurriera la situación de abuso de situación de necesidad. Esta situación cabría entenderla concurrente en casi todos los supuestos, dado que los trabajadores afectados no podrían negarse a cumplir los servicios designados so pena de ser despedidos<sup>15</sup>.

Sin embargo, esta no está siendo la línea asumida por nuestros Tribunales ante lo que se está convirtiendo en una práctica habitual<sup>16</sup>. En este caso, el empleador dispone de un mecanismo de represión del derecho de huelga adicional al del empresario privado. Así, nuestro Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de servicios mínimos del 100% en su sentencia 2/2022, de 24 de enero. En este caso, consideró inconstitucional tal proporción, aunque no por anular de hecho el ejercicio de un derecho fundamental sino por falta de motivación en su determinación. Todo ello a pesar de que dichos servicios mínimos implicaban un nivel de prestación de servicios superior al habitual.

Como reflexión última al respecto, debemos hacer referencia al hecho de que el control jurisdiccional posterior al momento en el que la huelga hubiera debido desplegar sus efectos hace, en la mayor parte de las ocasiones, puramente testimonial a efectos de reparación del daño ocasionado sobre el derecho fundamental. Así, Baylos Grau opina

<sup>15</sup> <https://baylos.blogspot.com/search?updated-max=2023-02-24T13:46:00%2B01:00&max-results=3&start=3&by-date=false>

<sup>16</sup> STSJ (Cataluña) de 19 de abril de 2021 (ROJ CAT 3772/2021).

que este tipo de control posee un «efecto moral, político e interpretativo, pero ni repone el derecho incorrectamente restringido en su ejercicio ni impide la reiteración torpe ante nuevas convocatorias»<sup>17</sup>.

#### 2.4. Empleo público, negociación colectiva y derecho de huelga

Otra cuestión que resaltar respecto al ejercicio del derecho de huelga se refiere a las relaciones entre este derecho y el derecho de negociación colectiva. Como se sabe, el derecho de negociación colectiva se encuentra, respecto a este colectivo de trabajadores, fuertemente limitado. El EBEP admite tal derecho, pero el resultado de este no posee la misma significación que el resultado de ejercer el derecho regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Hemos de advertir que lo desarrollado en este epígrafe se limita a los funcionarios públicos toda vez que, conforme el art. 32.1 «la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirán por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que les son de aplicación». No obstante, vuelven a unir sus regímenes, como más adelante desarrollaremos, respecto a la posibilidad de modificar o no aplicar los convenios, pactos o acuerdos en el supuesto de que concurran «una causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas» (art. 32.2 y 38.10 EBEP).

En primer lugar, el EBEP advierte de que la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos estará sujeta al principio de cobertura presupuestaria (art. 33.1). Al mismo tiempo, se produce una importante limitación objetiva de tales manifestaciones de la autonomía colectiva. Así, conforme su art. 37, ésta alcanzará a una serie tasadas de materias de las que se excluyen las cuestiones organizativas de la propia Administración.

Como consecuencia de este peculiar régimen jurídico, Sala Franco se llegó a plantear, incluso, la posibilidad de declarar todas las huelgas realizadas por funcionarios públicos como novatorias «por cuanto los pactos y acuerdos colectivos regulados por el EBEP no poseen eficacia jurídica interna como tales ni duración temporal prevista en muchas ocasiones». Por ello, continuaba este autor afirmando que «dada la distinta naturaleza de la negociación funcional, cabría concluir que, vigente un pacto o acuerdo colectivo, no cabría una huelga lícita hasta la apertura del nuevo proceso negociador»<sup>18</sup>. No obstante, a continuación, realizaba una serie de matices a su afirmación que aproximan considerablemente tales posibilidades a las enumeradas por el Tribunal Constitucional respecto a las huelgas lícitas convocadas durante la vigencia del convenio. Una de tales excepciones nos servirá a nosotros para aportar una reflexión propia al respecto.

En concreto, mantiene que no serán ilegales «cuando los pactos o acuerdos hubieran sido incumplidos por la Administración Pública o se hubiera producido un cambio absoluto o radical de las circunstancias que rodearon la negociación, permitiendo la aplicación de la llamada cláusula “*rebus sic stantibus*”». Este posicionamiento doctrinal nos sirve para alertar sobre el claro conflicto, desde la perspectiva ahora abordada, entre el reconocimiento del derecho de huelga y el condicionamiento del derecho de negociación colectiva en la función pública al cumplimiento de bienes jurídicos de naturaleza superior.

<sup>17</sup> «El derecho de huelga», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 610.

<sup>18</sup> Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 331.

Nos referimos a la posibilidad de apelar a tal cláusula *rebus sic stantibus* en el marco de la normativa vigente tendente a la estabilidad presupuestaria.

Conforme lo dispuesto los arts. 32.2 y 38.10 de EBEP los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas poseen la facultad, en aras a la salvaguarda del interés público, de alterar o suspender los convenios, acuerdos y pactos colectivos que afectan al personal funcionario o laboral<sup>19</sup>. Es decir, se otorga a una de las partes que aprobaron el correspondiente convenio, pacto o acuerdo colectivo la potestad de no cumplir lo pactado en aquellos casos en que se produce una alteración sustancial de las circunstancias económicas. Es evidente que semejante posibilidad también tiene su efecto en el contexto que a nosotros interesa.

El derecho de huelga posee, junto a una dimensión más global de defensa de los trabajadores en cuanto clase, una dimensión puramente contractual. Desde esta última perspectiva, el derecho de huelga posee la función de garantizar un mayor equilibrio en el proceso negociador de las condiciones de trabajo. Para que dicho función reequilibradora alcance toda su dimensión se requiere que el fruto del acuerdo se convierta en obligatorio para las partes. En el caso de los trabajadores, conllevando la calificación de ilegal para aquellas huelgas que traten de incumplir, injustificadamente, el contenido del convenio colectivo respectivo. Desde la perspectiva del empresario, el incumplimiento del convenio colectivo supone, incluso, una vulneración del derecho de libertad sindical y es susceptible de la correspondiente sanción.

No obstante, esta situación se ve alterada significativamente como consecuencia de las previsiones normativas anteriormente señaladas. Conforme a estos preceptos, los órganos de las Administraciones Públicas, esto es, una de las partes firmantes del convenio, acuerdo o pacto colectivo, está facultada para modificarlo o suspenderlo. Dicha alteración no supone además, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal constitucional una vulneración de los derechos de negociación colectiva y libertad sindical: «como ha recordado la STC 104/2015, de 28 de mayo, FJ 8, en cuanto a este derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios, hemos declarado también en el citado ATC 85/2011 (FJ 8) y en los que le siguen, que no puede confundirse ni identificarse ésta con una pretendida intangibilidad o inalterabilidad del convenio, toda vez que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5)»<sup>20</sup>.

Trasladando esta importante limitación del derecho a la negociación colectiva a nuestro objeto de estudio, podría pensarse en la imposibilidad de acudir al derecho de huelga por parte de aquellos funcionarios públicos que pretendieran exigir el cumplimiento de lo pactado y contra la decisión del órgano de gobierno de la Administración pública de alterar o suspender el convenio, pacto o acuerdo colectivo. Recuérdese al respecto que dicha modificación se llevó a cabo sin el acuerdo con los representantes de los

<sup>19</sup> Alfonso Mellado, C.L., «La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcional conforme al art. 38.10 EBEP», *Revista de Derecho Social*, nº 56, 2011, pp. 21 y ss.

<sup>20</sup> STCO. 127/19, de 31 de octubre.

trabajadores, requisito que salvó la constitucionalidad del art. 82.3 ET<sup>21</sup>. Es suficiente para que el derecho de negociación colectiva no se entienda vulnerado que los sindicatos sean informados y que la resolución administrativa esté motivada<sup>22</sup>.

En nuestra reflexión sobre cómo influye tales posibilidades en el derecho de huelga, podemos destacar los siguientes supuestos:

- a) Como consecuencia del ejercicio de tal potestad administrativa, el convenio, pacto o acuerdo colectivo se ha visto alterado en alguna de sus partes más significativas con repercusión económica o bien ha sido suspendido. En ese caso, los trabajadores se verían limitados de hipotéticos deberes de paz incorporados en el convenio, acuerdo o pacto afectado. Del mismo modo, las posibles huelgas convocadas contra la decisión administrativa no podrían ser consideradas como huelgas contra convenio dada la ruptura del equilibrio de las correspondientes cesiones contenidas en el mismo.

Una solución contraria a la propuesta implicaría limitar el derecho de huelga a los contextos de negociación de condiciones de trabajo y no constituiría un instrumento adecuado de reacción ante decisiones administrativas tomadas en el seno de las competencias correspondientes, pero no admitidas por los representantes de los trabajadores como las más idóneas. Además, la decisión de inaplicar ciertas partes del convenio, pacto o acuerdo colectivo o declarar su suspensión poseen un alto grado de discrecionalidad y siempre cabe la posibilidad de adoptar medidas menos perjudiciales para los empleados públicos. Es decir, con el ejercicio del derecho de huelga en este contexto no se pretende cuestionar una potestad administrativa sino el concreto contenido de la medida adoptada.

- b) Otra clara afectación del derecho de huelga como consecuencia de la concesión de tal potestad al órgano de gobierno de la Administración se refiere a la modificación por esta vía de un acuerdo de fin de huelga. A través de este acuerdo los trabajadores ponen fin a la suspensión de su contrato de trabajo a cambio de una determinada concesión del empleador. A continuación, una vez desconvocada la huelga se produce la modificación de tal acuerdo.

Dada la jurisprudencia más reciente al respecto, es difícil considerar como vulneración del derecho de huelga tal modificación. En concreto, esta jurisprudencia ha llegado, incluso, a admitir la posterior modificación, por vías y sujetos diferentes de los que negociaron el pacto de fin de huelga, sin que ello implique vulnerar tal derecho<sup>23</sup>.

- c) Las peculiaridades del receptor del trabajo del empleado público y las diferencias con respecto a la empresa privada, ha llevado a configurar la huelga en este sector laboral como meramente contractual. Es decir, la definida en el fundamento 14º de la STCo. 11/81 «como aquella que se desencadena o produce en el momento de la negociación de los convenios colectivos con el fin de presionar a favor de los mismo de modo que la huelga es un instrumento del convenio». El hecho de que la Administración pública se encuentre fuera de las reglas de la economía de mercado a efectos de determinación del acceso al empleo a través del mercado de trabajo determina la falta de espacio de la huelga profesional en la que la presión de los trabajadores también puede dirigirse a influir en las decisiones tomadas por la empresa en el marco de su libertad de iniciativa económica.

<sup>21</sup> STCo 8/15, de 22 de enero.

<sup>22</sup> STS (CA), de 25 de enero de 2012 (Rec. 492/2011).

<sup>23</sup> Véase STS 824/22, de 11 de noviembre.

Por ello, un condicionamiento tan intenso del resultado de la negociación colectiva al cumplimiento de un difuso interés público deja al convenio, pacto o acuerdo al albur de la coyuntura económica, y convierte a la huelga en un instrumento cuyos logros están siempre sujetos a cambios.

Lógicamente, al margen de las posibilidades del derecho de huelga para mejorar la posición negociadora de los acuerdos, pactos o convenios colectivos, habría de admitir la posibilidad de activar esta frente a determinadas líneas de actuación del Gobierno. Esta posibilidad ha sido aceptada por reputada doctrina que admite un cierto espacio a esta huelga siempre que sea una «expresión ocasional y limitada de protesta de los servidores públicos»<sup>24</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la naturaleza de este tipo de huelgas no contractuales se asemeja considerablemente a la huelga política y por ello habría de extender la jurisprudencia de nuestros Tribunales que acepta la legalidad de las huelgas políticas que posean una vinculación con los intereses profesionales de los convocantes<sup>25</sup>. De este modo, son admisibles estas huelgas de los empleados públicos si de las mismas se deducen un interés relacionado con las mejoras de sus condiciones de trabajo al servicio de la Administración.

## 2.5. Deber de fidelidad o lealtad del empleado público y derecho de huelga

A pesar del amplio reconocimiento del derecho de huelga y demás medios de conflicto colectivo incluido en el EBEP, no podemos desconocer la peculiar relación que vincula a los empleados públicos con su empleador y que, lógicamente, lo diferencian del resto de trabajadores por cuenta ajena. En concreto, hemos de recordar que el empleado público se encuentra sometido a un deber de fidelidad o lealtad hacia la Administración en la que realiza su trabajo. En palabras de Martín Valverde, este deber de lealtad o fidelidad impone, al igual que el deber de buena fe, unas pautas de corrección y colaboración, «pero requiere además que en el desempeño del servicio el interés general gestionada por la Administración tenga preferencia o se coloque por delante del interés personal o propio del empleado»<sup>26</sup>. En concreto, puede apreciarse claramente esta diferencia si comparamos los preceptos que regulan respectivamente el deber de buena fe (art. 4 ET)<sup>27</sup> y aquellos que regulan los deberes de los empleados públicos (arts. 52-54 EBEP). Estos últimos se encuentran obligados, en el desempeño de sus funciones, a velar por los intereses generales que la Administración gestiona: los empleados públicos «ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos» (art. 53.3 EBEP). Además, estos principios serán de aplicación tanto a los funcionarios públicos como al resto de empleados al servicio de la Administración Pública.

Como es lógico, el ejercicio del derecho de huelga supone una contradicción con una configuración excesivamente amplia del deber de fidelidad o lealtad de la Administración. Además, supone anteponer su interés como trabajadores del interés general representado

<sup>24</sup> Martín Valverde, A., «El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 12, 2009, p. 13.

<sup>25</sup> Castro Argüelles, M.A., «Huelga general y huelga política», en García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (dir.), *Huelga y conflicto colectivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*, KRK, Oviedo, 2021, pp. 59-86.

<sup>26</sup> Martín Valverde, A., «El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo», *cit.*, p. 13.

<sup>27</sup> Sobre los límites de este deber de buena fe, puede verse Escribano Gutiérrez, J., «Derechos de los trabajadores ante las órdenes medioambientalmente injustas», *Revista de Derecho Social*, nº 78, 2017, pp. 43-72.

por su empleador. No obstante, «el sacrificio de los intereses generales que supone la huelga de los servidores públicos es, por hipótesis, ocasional, sometiéndose además a criterios de ponderación de proporcionalidad de sacrificios distinta, por razones obvias, a las que pueda efectuarse en las huelgas del sector privado»<sup>28</sup>.

Esta conexión entre derecho de huelga y preferencia del interés de la administración en cuanto portadora de unos fines constitucionalmente protegidos ha generado importantes pronunciamientos jurisprudenciales. En este momento, nos gustaría detenernos en los conflictos que puede generar la existencia de un deber de obediencia derivado de la presencia de sujetos portadoras de autoridad en el contexto del conflicto propio del derecho de huelga. En concreto, la STCo 104/11, de 20 de junio, tuvo que plantearse la necesidad de establecer límites al deber de obediencia que los empleados públicos pueden tener de sus superiores jerárquicos en el contexto del legítimo ejercicio de su derecho de huelga. En este supuesto, los miembros del comité de huelga en un Ayuntamiento son acusados de un delito de desobediencia al negarse a desalojar las dependencias de su centro de trabajo a requerimientos de su superior jerárquicos.

En esta ocasión, la sentencia comentada aplica al empleo público la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional mantenida desde su ya lejana STCo. 11/81, de 8 de abril. Según esta doctrina, los límites y extensión del derecho fundamental de huelga no pueden ser interpretados sin obviar el carácter conflictivo de este derecho. Es difícil imaginar una situación en la que la celebración de una huelga no implica el surgimiento de este tipo de conflictos. Por lo tanto, no puede desconocerse en un supuesto como el actual, el que la autoridad contra la que, según las sentencias de instancia, la trabajadora se resistió era la parte contra la que el derecho de huelga se ejercitaba. De lo contrario, toda huelga ejercida en un contexto como el analizado podría ser desmantelada con el simple recurso de exigir a los trabajadores el deponer su actitud<sup>29</sup>.

Sin embargo, también podemos encontrar otros supuestos en los que, ante hechos semejantes, los trabajadores son sancionados penalmente por negarse al cumplimiento de la orden de desalojo dada por aquel contra el que se planteó la huelga. En concreto, en la STCO 88/03, de 19 de mayo, admite la sanción penal de aquellos que organizaron una asamblea informativa en su centro de trabajo para informar sobre el devenir de la huelga y se negaron a desalojarlo a pesar de los requerimientos de la autoridad competente<sup>30</sup>.

En definitiva, la propia existencia de jurisprudencia contradictoria en nuestro Tribunal Constitucional manifiesta la dificultad que, desde el punto de vista práctico, conlleva la presencia de ese deber de lealtad y fidelidad en el momento en el que los empleados públicos acuden a un instrumento esencialmente conflictivo.

## 2.6. Efectos del derecho de huelga

El actual EBEP, junto al reconocimiento de su titularidad, menciona el derecho de huelga para referirse a sus efectos sobre la relación estatutaria de los funcionarios huelguistas. En concreto, en su art. 30.2 establece que «quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que

---

<sup>28</sup> Martín Valverde, A., «El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo», *cit.*, p. 15.

<sup>29</sup> Escribano Gutiérrez, J., «Derecho de huelga y delito de desobediencia», *Temas Laborales*, nº 113, 2012, pp. 183-193.

<sup>30</sup> Escribano Gutiérrez, J., «Límites constitucionales al derecho de reunión y asamblea», *Temas Laborales*, nº 72, 2003, pp. 195-203.

hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haber que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales». Los funcionarios permanecerán en situación administrativa de servicio activo con derecho a la reserva de plaza. El tiempo de duración de la huelga se computará a efectos de ascensos y demás cuestiones relacionadas con la antigüedad.

Quizás una de las cuestiones que ha generado mayores polémicas haya sido la posibilidad de que los funcionarios huelguistas sean preguntados sobre su participación en la huelga en aquellos casos en los que no existe control diario de su prestación. Al respecto, nuestro Tribunal Supremo viene manteniendo que tales requerimientos no constituyen una afectación de la libertad ideológica de los implicados ni implica discriminación de tipo alguno<sup>31</sup>.

Quizás el aspecto más significativo al respecto sea el exigente régimen disciplinario previsto en la LBEP. En concreto, cabe destacar la contundencia prevista con el objeto de evitar el incumplimiento de los servicios esenciales. De este modo, se considera falta muy grave tal incumplimiento (art. 95.2.m EBEP). Son, no obstante, las faltas graves previstas en el art. 95.3 EBEP las que mejor evidencian esa especial posición del funcionario público en el marco de una huelga. La sanción correspondiente se hace depender, entre otras, de la gravedad del daño causado al interés público o a la imagen pública de la Administración. De nuevo se pone en dificultades el ejercicio de un derecho que, en la práctica, implica un menoscabo de la imagen de la empresa contra la que se realiza.

Por último, nos gustaría advertir el hecho de que, conforme este art. 95 EBEP, el empleado público no solo podrá incurrir en faltas muy graves en el supuesto de no cumplir los servicios esenciales en caso de huelga sino también por ser él el que realice actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga (apartado 2, 1).

### 3. CONCLUSIONES

Como puede comprobarse, hemos pretendido realizar un breve recorrido por aquellas cuestiones que de manera más importante condicionan el ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos. La doble condición de trabajadores y prestadores de servicios públicos que concurren en este colectivo determina buena parte de las especialidades de su ejercicio.

Tras las dudas iniciales sobre la titularidad de tal derecho respecto de los funcionarios públicos, pronto fue opinión unánime que también este colectivo de trabajadores es titular del derecho de huelga. No obstante, como ocurre con el resto de los colectivos laborales, la falta de una regulación adecuada de este derecho en nuestro país ocasiona una cierta inestabilidad de aspectos importantes de su ejercicio. Además, respecto de este colectivo siempre planea los servicios en el que se realiza su trabajo, siendo necesario un esfuerzo de ponderación constante entre bienes jurídicos.

Desde nuestro punto de vista, este derecho de huelga está condicionado, en el contexto que nos ocupa, por dos circunstancias propias y no parangonables con el régimen general. En primer lugar, por la posibilidad de que la Autoridad Laboral lleve a cabo alteraciones o suspensiones de lo pactado colectivamente<sup>32</sup>, incluso cuando este convenio, acuerdo o

<sup>31</sup> Véanse las SSTs de 10 de octubre de 1991 (RJ/7724), 9 de marzo de 1992 (RJ/1902) y 1 de octubre de 1992 (RJ/7771).

<sup>32</sup> PALOMAR OLMEDA, A. "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Actualidad Administrativa*, nº 144/2009, especialmente pp. 630 y 637 y siguientes



pacto haya sido fruto de una huelga. No obstante, hemos de advertir que, recientemente, se ha producido una cierta reducción de tales potestades unilaterales al suprimirse el apartado 3 del art. 38.10 a través de la Disposición final 24.2 de la Ley 31/22, de 23 de diciembre. A partir de este momento, queda limitada esta potestad a los supuestos excepcionales referidos a alteración sustancial de las circunstancias económicas. Se suprime, pues, la posibilidad de activar este procedimiento en el supuesto de requerir un reequilibrio presupuestario o una corrección del déficit público. Se respalda, de este modo, la advertencia doctrinal sobre la necesaria excepcionalidad de tal potestad<sup>33</sup>.

El otro de los elementos que modula considerablemente el ejercicio de este derecho se encuentra en la presencia latente, durante el ejercicio del derecho de huelga, de la especial vinculación entre el empleado público y la Administración Pública. De este modo, si bien el deber de lealtad al que anteriormente aludíamos queda modulado, éste no desaparece completamente. De ahí la presencia de sentencias de diferente tenor a la hora de ponderar el deber de obediencia en un contexto huelguístico.

No obstante, creemos que el supuesto que modula más intensamente el derecho de huelga de los empleados públicos es la fuerte relación entre servicio público y servicio esencial de la comunidad. La progresiva ampliación del concepto de servicio esencial produce que la mayor parte de los servicios realizados por empleados públicos puedan estar sujetos al establecimiento de servicios mínimos. Por su parte, como hemos desarrollado anteriormente, se detecta en la práctica un sistemático abuso en la fijación de la cuantía de los servicios que garantizan dichos mínimos. Ello unido al ineficaz control judicial posterior, convierte el ejercicio del derecho de huelga de los empleados públicos, en muchas ocasiones, en un instrumento ineficaz y de escasa exteriorización.

## BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C.L., «La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcional conforme al art. 38.10 EBEP», *Revista de Derecho Social*, nº 56, 2011, pp. 21 y ss.

ALONSO OLEA, M., «Huelga de funcionarios. Comentario a la Sentencia 90/84, de 5 de octubre», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo V, 1985, Madrid, Civitas.

BAYLOS GRAU, A., «El derecho de huelga», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, p. 610.

BORRAJO DACRUZ, E., «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 2, 1981.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2006, pp. 82-83.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., «Huelga general y huelga política», en García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (dir.), *Huelga y conflicto colectivo en la jurisprudencia del*

<sup>33</sup> ALFONSO MELLADO, C.L., «La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva», *cit.*, pp. 21 y ss.

*Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*, KRK, Oviedo, 2021, pp. 59-86.

DURÁN LÓPEZ, F., «El ejercicio del derecho de huelga en la función pública», *Temas Laborales*, nº 9, 1986, p. 17.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Límites constitucionales al derecho de reunión y asamblea», *Temas Laborales*, nº 72, 2003, pp. 195-203.

—«Derecho de huelga y delito de desobediencia», *Temas Laborales*, nº 113, 2012, pp. 183-193.

GÓMEZ CABALLERO, P., «El derecho de huelga en la Función Pública», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 27, 1986, p. 390.

IMBRID IRUJO, A., «La problemática actual de la huelga de funcionarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 19, 1978, p. 602.

LÓPEZ GANDIA, J., «Las relaciones colectivas en el empleo público», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 93, 1980, p. 409;

MARTÍN VALVERDE, A., «El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 12, 2009, p. 13.

MATIA PRIM, «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la STCO de 8 de abril de 1981», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 2, pp. 131 y ss.

MONEREO PÉREZ, J.L., «El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión», *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos sociales*, vol. 11, nº 2, p. 56.

PALOMAR OLMEDA, A. “La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, nº 144/2009, especialmente pp. 630.

PÉREZ REY, J., «Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general», *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, pp. 195-210.

SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M., «La huelga de funcionarios públicos», *Relaciones Laborales*, nº 4, 1985, p. 665.

SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 331.

SALA FRANCO, T., «Acerca del derecho de huelga de los funcionarios públicos», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº especial, 2023, p. 96.



# **LA JUBILACIÓN EN EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS**

JULIA MUÑOZ MOLINA

*Titular de Universidad*

*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

## SUMARIO:

1. EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO
2. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN O RETIRO DE LOS FUNCIONARIOS
3. REVALORIZACIÓN, COMPLEMENTOS A MÍNIMOS Y LÍMITE DE LAS PENSIONES

## 1. EL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO

Tras la integración obligatoria de los funcionarios públicos y de los demás colectivos que se relacionan en el art. 2.1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (TRLCP), a excepción del contemplado en la letra i), en el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen de Clases Pasivas queda pues destinado a su extinción, aunque se mantiene transitoriamente para regular los derechos pasivos causados y los que en el futuro puedan causar los colectivos adscritos al mismo con anterioridad a 31 de diciembre de 2010<sup>1</sup>. No queda afectado por esa incorporación al Régimen General el personal que con posterioridad a dicha fecha y sin solución de continuidad, ingrese, cualquiera que sea el sistema de acceso o reingreso, en otro Cuerpo que hubiera motivado en dicha fecha, su encuadramiento en el Régimen de Clases pasivas<sup>2</sup>.

Su cobertura alcanza en principio a los funcionarios públicos no integrados en el Régimen General de la Seguridad Social que se encuentren incluidos a fecha 31 de diciembre de 2010 en alguno de los Regímenes Especiales de la función pública, aunque su ámbito subjetivo es algo mayor.

El régimen de clases pasivas presta cobertura a los siguientes funcionarios<sup>3</sup>:

- Los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado.
- El personal militar de carrera, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.
- Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.
- Los funcionarios de carrera de las Cortes Generales.
- Los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea.
- El personal interino nombrado con anterioridad a 1 de enero de 1965<sup>4</sup>.
- El personal mencionado en los apartados anteriores que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas como consecuencia de haber sido transferidos al servicio de las mismas<sup>5</sup>.
- Los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos Cuerpos, Escalas y Plazas, así como los alumnos de Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina.
- Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, los ex Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, los ex Presidentes del Tribunal Supremo

---

<sup>1</sup> Art. 2 TRLCP.

<sup>2</sup> Art. 20.2 RD Ley 13/2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

<sup>3</sup> Art. 2.1 TRLCP.

<sup>4</sup> Al que se refiere el art. 1 del Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre, sobre derechos pasivos y de seguridad social de funcionarios de empleo.

<sup>5</sup> Están incluidos en el Régimen General, los funcionarios del Estado transferidos a las comunidades autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la comunidad autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso (art. 136.1 n) LGSS.

y, del Consejo General del Poder Judicial, los ex Presidentes del Tribunal Constitucional y los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado<sup>6</sup>; así como los ex jefes de la Casa de Su Majestad el Rey<sup>7</sup>.

- Los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares.
- El personal militar de empleo, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

Desde el año 2020, el Régimen de Clases Pasivas del Estado se gestiona por el INSS<sup>8</sup>. A tal efecto, se atribuyen a dicha Entidad Gestora las funciones de reconocimiento, gestión y propuesta de los pagos de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, así como la resolución de los recursos interpuestos frente a los acuerdos en materia de Clases Pasivas y las funciones de información y atención al público, y se adscribe al INSS, la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas, a la que le corresponde el ejercicio de las funciones mencionadas<sup>9</sup>.

En los procedimientos administrativos que a tal efecto se tramiten, si no hubiese recaído resolución expresa transcurrido el plazo máximo fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo<sup>10</sup>.

## 2. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN O RETIRO DE LOS FUNCIONARIOS

En el Régimen de Clases Pasivas la pensión de jubilación o retiro puede ser ordinaria o extraordinaria. La diferencia estriba en el origen de la contingencia: la ordinaria puede causarse por edad o incapacidad, mientras que las pensiones extraordinarias derivan de un accidente o enfermedad en acto de servicio o se causan como consecuencia del mismo.

---

<sup>6</sup> Art. 51 TRLCP.

<sup>7</sup> Art. 125.2 Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>8</sup> Art. 11.1 TRLCP, en su redacción dada por la Ley 22/2021, de PGE para 2022. Con anterioridad su gestión se concentraba en el Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de las obligaciones contraídas por las CCAA respecto del personal transferido. El RDL 15/2020, de 21 abril incluyó importantes modificaciones en el TRLCP tendientes a trasladar la gestión al Ministerio de Seguridad Social. Sin embargo, la STC 111/2021, de 13 mayo declaró nulas las disposiciones del régimen de Clases Pasivas, modificadas por el RDL 15/2020, difiriendo sus efectos a 1 de enero de 2022 para evitar perjuicios derivados del vacío legal que comportaría una nulidad inmediata, a fin de que se pueda sustituir la regulación por una pertinente. La mayoría de esas modificaciones se incluyeron con la misma redacción por la Ley 22/2021, de PGE para 2022, disponiendo asimismo un régimen transitorio en su DT.3ª.

<sup>9</sup> Disposición Adicional 4ª del RD 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Desde el 6 de octubre de 2020 y hasta que se produzca la total asunción de la gestión del Régimen de Clases Pasivas del Estado por el INSS, las funciones serán asumidas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Para el desempeño de estas funciones, durante este periodo la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas se adscribirá a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Con el mismo carácter transitorio y hasta que se produzca la integración de la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas en el INSS, las competencias en materia de reconocimiento, gestión y propuesta de pagos de las prestaciones, indemnizaciones, ayudas y anticipos cuya competencia tenga atribuida la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social serán ejercidas por la citada Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas (Disposición Transitoria 2ª.7 RD 497/2020).

<sup>10</sup> Art. 11.1, párrafo 2º del TRLCP, en su redacción dada por la Ley 31/2022, de PGE para 2023.

## 2.1. Las pensiones ordinarias de jubilación o retiro

### 2.1.1. *Las clases de jubilación o retiro*

La jubilación o retiro puede ser<sup>11</sup>:

- a) De carácter forzoso por cumplimiento de la edad legal correspondiente.

La jubilación forzosa se declara de oficio al cumplir el personal funcionario los 65 años de edad, salvo que le fueran aplicables normas estatales específicas de jubilación<sup>12</sup>. Así se han establecido las siguientes regulaciones específicas:

- Los Funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios se jubilan forzosamente a los 70 años, pudiendo optar por jubilarse a la finalización del curso académico en que hubieran cumplido dicha edad<sup>13</sup>.
- Los Magistrados, Jueces, Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia se jubilan forzosamente a los 70 años<sup>14</sup>.
- La jubilación forzosa de los Notarios, Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Buenos Muebles es a los 70 años de edad<sup>15</sup>.

No obstante, en los términos de las leyes de la función pública que se dicten en desarrollo del EBEP, los funcionarios podrán solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla 70 años de edad, debiendo la Administración Pública competente resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación<sup>16</sup>.

La prolongación del servicio activo no es un derecho absoluto del funcionario, es un “derecho subjetivo condicionado”, dependiente de las necesidades del servicio y que se concede cuando concurren los dos intereses, el del funcionario, que quiere seguir trabajando, y el de la Administración, que no quiere perderlo<sup>17</sup>.

En efecto, como ha manifestado reiteradamente el TS, la motivación de la Administración “no está limitada necesariamente a razones de índole estrictamente organizativa, estructural o de planificación de recursos humanos, sino que también puede sustentarse en la valoración de la aportación concreta del funcionario al servicio público prestado y a la consecución de los fines encomendados, debiendo incorporar en todo caso la motivación necesaria”<sup>18</sup>. Por lo que, la Administración competente está facultada para apreciar las causas que concurren en cada caso concreto y, conforme a ellas, aceptar o denegar la prolongación, lo que exige

<sup>11</sup> Art. 28.2 del TRLCP y 67.1 RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).

<sup>12</sup> Art. 67.3 EBEP.

<sup>13</sup> Ley 27/1994, de 29 de septiembre, de modificación de la edad de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios.

<sup>14</sup> Arts. 386 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su nueva redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio, y 139.1 del RD 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal.

<sup>15</sup> Art. 1 de la Ley 29/1983, de 12 de diciembre, sobre jubilación de Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio, en su nueva redacción dada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

<sup>16</sup> Art. 67.3 EBEP.

<sup>17</sup> STS 15 noviembre 2021 (rec. 3474/2019).

<sup>18</sup> STS (Cont-Advo) 22 diciembre 2020 (Rec. 2029/2019). Seguida por otras posteriores, entre otras, SSTS 18 enero 2021 (cit); 6 julio 2021 (Rec. 450/2020); 15 noviembre 2021 (Rec. 360/2020); 24 febrero 2022 (Rec. 632/2020), 6 julio 2022 (Rec. 3477/2020).

necesariamente una motivación adecuada, pero excluye, también, que existan causas tasadas de denegación, como ocurría con la normativa anterior<sup>19</sup>.

La prolongación de la permanencia en el servicio activo no será de aplicación a los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación. En este sentido, los Magistrados, Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores de la Propiedad que tienen fijada la edad de jubilación forzosa en 70 años de edad, podrán solicitar con dos meses de antelación a dicho momento la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta que cumplan como máximo 72 años de edad. La prolongación sólo se puede denegar “cuando el solicitante no cumpla el requisito de edad o cuando presente la solicitud fuera del plazo indicado”<sup>20</sup>.

La jubilación forzosa de los funcionarios de las Cortes Generales se declarará de oficio al cumplir el funcionario 65 años de edad, salvo que el funcionario hubiera prolongado voluntariamente su permanencia en el servicio activo hasta un máximo de 70 años de edad. Excepcionalmente, esta prórroga podrá ampliarse hasta los 72 años de edad, cuando así lo decida la Mesa de la Cámara en la que el funcionario esté adscrito, atendiendo a sus méritos y a los servicios que el mismo pudiera prestar<sup>21</sup>.

Si en el momento de cumplir la edad para su jubilación o retiro forzoso, el funcionario tuviera reconocidos doce años de servicios efectivos al Estado y no hubiera completado los quince que, como mínimo, se exigen para causar derecho a pensión en su favor, podrá solicitar prórroga en el servicio activo al órgano competente para acordar su jubilación; y dicha prórroga comprenderá exclusivamente el período temporal que le falte para cubrir el de carencia antes mencionado, y que se concederá siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio<sup>22</sup>. Al respecto, la STS (Cont-Advo) de 19 de septiembre de 2011 (Rec. 454/2009), señala que procederá más allá de los 70 años de edad y hasta completar dicho período siempre que el interesado haya prestado, al menos, doce años de servicio y acredite aptitud para el mismo.

Por último, señalar que la edad de jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, sin coeficiente reductor por razón de la edad<sup>23</sup>.

b) De carácter voluntario<sup>24</sup>.

Los funcionarios públicos incluidos en el Régimen de Clases Pasivas pueden jubilarse o retirarse voluntariamente, siempre que tengan cumplidos los 60 años de edad y reconocidos 30 años de servicios efectivos al Estado<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> El derogado art. 33 de la Ley 30/1984, previa la prolongación de la edad de jubilación del empleado público como derecho funcional que podía denegarse sólo por dos razones: por carencia del requisito de la edad o el incumplimiento por el interesado del plazo de petición.

<sup>20</sup> Arts. 386 LOPJ y 1 Ley 29/1983.

<sup>21</sup> Art. 16.1 Acuerdo 27 marzo 2006, adoptado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta por el que se aprueba el Estatuto del Personal de las Cortes Generales.

<sup>22</sup> Art. 28.2 a) TRLCP.

<sup>23</sup> Art. 67.4 EBEP.

<sup>24</sup> Art. 67.2 EBEP.

<sup>25</sup> Art. 28.2 b) TRLCP.



Si para completar los 30 años exigibles hubieran de computarse cotizaciones a otros regímenes de protección social por aplicación de las normas sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social<sup>26</sup>, se requerirá, cuando la jubilación o retiro sea posterior a 1 de enero de 2011, que los últimos cinco años de servicios computables para la determinación de la pensión de jubilación o retiro estén cubiertos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Este requisito no será de aplicación a los funcionarios de la Administración del Estado en servicio activo, servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares y excedencia por razón de violencia de género que, como consecuencia de la superación de los procesos de acceso y promoción regulados en la normativa general de función pública, cambien de régimen de protección social<sup>27</sup>.

Dicha regla será asimismo de aplicación cuando para completar los 30 años de servicios exigidos hubieran de computarse períodos de seguro, residencia o asimilados cubiertos fuera de España, derivados de la aplicación de convenios bilaterales o de reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social, salvo que los referidos períodos correspondan a actividades que de haberse desarrollado en España hubieran dado lugar a la inclusión obligatoria del interesado en el Régimen de Clases Pasivas<sup>28</sup>.

El procedimiento se iniciará por el funcionario interesado, mediante escrito en el que deberá indicar necesariamente la fecha en la que desea jubilarse o retirarse y habrá de presentar ante el órgano de jubilación o retiro, al menos, tres meses antes de la fecha de jubilación o retiro solicitada.

Además de la jubilación o retiro voluntario prevista para todos los funcionarios del Régimen de Clases Pasivas, los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios y los Magistrados, Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores que tienen fijada la edad de jubilación forzosa en 70 años de edad, pueden acceder a la jubilación desde que cumplan los 65 años de edad y acrediten 15 años de servicios efectivos al Estado. En el caso de los Magistrados, Jueces, Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia, este tipo de jubilación voluntaria deberán solicitarla con seis meses de antelación a la fecha de jubilación<sup>29</sup>.

El personal de las Cortes Generales podrá jubilarse voluntariamente cuando cumpla 60 años de edad o tenga reconocidos 35 años de servicios efectivos al Estado<sup>30</sup>.

También podrá anticiparse la edad de jubilación o retiro con carácter voluntario cuando así lo disponga una Ley, y se cumplan las condiciones y requisitos que, a tal efecto, se determinen<sup>31</sup>.

c) Por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Se declara, de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, que le imposibiliten

---

<sup>26</sup> RD 691/1991, de 12 de abril.

<sup>27</sup> Disposición adicional 16ª TRLC.P.

<sup>28</sup> Disposición adicional 16ª TRLC.P.

<sup>29</sup> Art. 386.2 LOPJ.

<sup>30</sup> Art. 16.3 Acuerdo 27 marzo 2006

<sup>31</sup> Art. 28.2 b) TRLC.P. e

totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda<sup>32</sup>.

A efectos de Clases Pasivas no se distingue formalmente entre grados, aunque como veremos el importe de la pensión se puede ver minorado atendiendo a la reducción de la capacidad del afectado, y sin perjuicio de que a través de las mutualidades de funcionarios se pueda obtener un complemento de la pensión por gran invalidez.

Si el expediente de jubilación por incapacidad ya se está tramitando cuando el funcionario cumple la edad de jubilación forzosa, el interesado tiene derecho a que tal expediente concluya y se declare la jubilación por incapacidad<sup>33</sup>.

### 2.1.2. *Los requisitos necesarios para acceder a la pensión*

Para acceder a la pensión de jubilación o retiro se requieren haber completado 15 años de servicios efectivos al Estado<sup>34</sup>.

Se entienden como servicios efectivos al Estado<sup>35</sup>:

- Los prestados en situación de servicio activo en algún Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría.
- Los prestados en situación de servicios especiales y en las extinguidas de excedencia especial o supernumerario, así como en situación de excedencia forzosa y en las situaciones militares que resulten legalmente asimilables a todas éstas, en el Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría correspondiente al interesado en el momento de ser declarado en las situaciones referidas<sup>36</sup>.
- Los reconocidos conforme a la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, siempre que no se hayan computado en otro régimen de Seguridad Social o entidad sustitutoria, incluida la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL).
- Los reconocidos al amparo de la legislación de indulto y amnistía por delitos o faltas cometidas por causa de la Guerra Civil.
- Los años cotizados a cualquier régimen público de Seguridad Social o entidad sustitutoria, incluida la MUNPAL, si la prestación laboral que haya dado origen a los mismos no sea simultánea a la de servicios al Estado. En este sentido, también se totalizarán los períodos de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa reconocidos como asimilados a cotizados al amparo de lo dispuesto en el art. 2 del RD 2000/933, de 31 de marzo. Las pensiones que eventualmente se generasen en otro régimen por dichos períodos serían incompatibles con la pensión de jubilación en Clases Pasivas.

<sup>32</sup> Art. 28.2 c) TRLCP.

<sup>33</sup> STS (Cont-Advo) de 10 febrero 2010 (Rec. 8/2007).

<sup>34</sup> Art. 29 TRLCP.

<sup>35</sup> Art. 32.1 y 2 TRLCP.

<sup>36</sup> No se entenderá como de servicios al Estado el tiempo que permanezca el personal correspondiente en filas prestando el servicio militar obligatorio o el servicio social femenino obligatorio, ni el tiempo equivalente a éstos. El tiempo que exceda de los períodos mencionados anteriormente y que permanezca el personal de que se trata prestando el servicio militar, servicio social femenino o como Caballero Cadete, Alumno o Aspirante de Escuelas y Academias Militares se entenderá, a todos los efectos, como de servicios al Estado, que se considerarán prestados como Clase de Tropa o Marinería (art.32. 3 TRLCP en su nueva redacción dada por la LPGE para 2023)

- Con un máximo de tres, los cotizados en prácticas o como alumno de las Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez Cadete, Alférez-Alumno, Sargento-Alumno o Guardiamarina.
- Los reconocidos por servicios o cotizaciones en otro país cuando exista, a tal efecto, Convenio o Reglamento Internacional aplicable por el Régimen de Clases Pasivas, y en los términos y condiciones que resulten de los mencionados instrumentos internacionales y de las normas reglamentarias que fueran aplicables al caso.
- En caso de jubilación por incapacidad permanente, se computan como servicios efectivos los años que falten al incapacitado para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso<sup>37</sup>. Se exceptuarán de este cómputo especial de servicios los supuestos en que el personal de que se trata sea declarado jubilado o retirado por incapacidad permanente mientras estuviera en situación de excedencia voluntaria o suspensión firme o situación militar legalmente asimilable<sup>38</sup>.

### 2.1.3. Cálculo y cuantía de la pensión

#### a) El Haber regulador

El haber regulador es el equivalente a la base reguladora y se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que no guarda una estricta coincidencia con la retribución del funcionario<sup>39</sup>. Los haberes reguladores se determinan en función del grupo de clasificación en que se encuadren los cuerpos, escalas, plazas, empleos o categorías en que prestara servicios el funcionario, de acuerdo con la titulación académica exigida para el acceso a los mismos.

El haber regulador a efectos pasivos correspondiente a los servicios prestados por el funcionario en régimen de jornada reducida por tiempo igual o superior a un año, se minorará proporcionalmente a la importancia económica de dicha reducción en las retribuciones percibidas por el mismo en activo<sup>40</sup>.

#### b) El porcentaje aplicable

Si el funcionario ha prestado servicios en el mismo Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría se aplicará el porcentaje que en función de los años completos de servicios efectivos al Estado proceda de entre los establecidos en la escala prevista en el art. 31.3 del TRLCP, correspondiéndole el 100% tras 35 años de servicio.

Cuando el funcionario ha prestado servicios en distintos Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o categorías la operación es más complicada, hay que recurrir a una fórmula especial para determinar el porcentaje aplicable sobre el haber regulador, que será de aplicación, aunque los servicios prestados por el funcionario en los distintos Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o categorías pudieran generar por sí mismo derecho a pensión, y que es la siguiente<sup>41</sup>:

$$P = R1C1 + (R2 - R1) C2 + (R3 - R2) C3 + \dots$$

<sup>37</sup> Art. 32.4 TRLCP.

<sup>38</sup> Art. 31.4 TRLCP.

<sup>39</sup> Art. 30.1 TRLCP.

<sup>40</sup> Art. 30.4 TRLCP.

<sup>41</sup> Art. 31.2 TRLCP.

Siendo P la cuantía de la pensión de jubilación; mientras que R1, R2, R3, etc. equivalen a los haberes reguladores de los cuerpos, escalas, plazas, empleos o categorías en que hubiera prestado servicios el funcionario, y C1, C2, C3, representan los porcentajes de cálculo correspondientes a los años completos de servicio efectivo transcurridos desde el acceso al primer y a los sucesivos cuerpos, escalas, plazas, empleos o categorías hasta el momento de jubilación o retiro, en aplicación de la tabla de porcentajes establecida en el art. 31.1 del TRLCP.

A efectos de determinar los porcentajes de cálculo aplicables, las fracciones de tiempo superiores al año que correspondieran a los distintos servicios prestados por el funcionario se computarán como tiempo correspondiente a los servicios prestados a continuación hasta llegar a los servicios últimamente prestados en el que el exceso de tiempo resultante no se computará.

En todo caso, es posible excluir, de oficio o a instancia de parte, períodos de servicio cuya toma en consideración provoque una reducción de la cuantía de la pensión<sup>42</sup>.

La cuantía mensual de las pensiones se obtendrá dividiendo por catorce la pensión anual determinada conforme a la aplicación del porcentaje correspondiente al haber regulador<sup>43</sup>.

La pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad se calcula igual que la pensión ordinaria de jubilación o retiro por edad, con la particularidad de que cuando aquélla se produce estando el funcionario en servicio activo o situación equiparable, se considerarán como servicios efectivos, además de los acreditados hasta ese momento, los años completos que resten al funcionario para cumplir la edad de jubilación o retiro, entendiéndose éstos como prestados en el Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría en que figure adscrito en el momento en que se produzca el cese por jubilación o retiro<sup>44</sup>.

No obstante, a partir de 1 de enero de 2009<sup>45</sup>, cuando en el momento de producirse el hecho causante, el interesado acredite menos de 20 años de servicios y la incapacidad no le inhabilite para toda profesión u oficio, la cuantía de la pensión se reducirán en un 5% por cada año completo de servicio que le falte hasta cumplir los 20 años de servicio, con un máximo del 25% para quienes acrediten 15 o menos años de servicios, debiendo aplicarse la reducción sobre cuantía íntegra resultante de las normas generales de cálculo, sin perjuicio de la posterior aplicación, en su caso, del límite máximo de percepción para las pensiones públicas, ya se perciba la pensión sola o en concurrencia con otras<sup>46</sup>. El cómputo de años de servicio incluye también los períodos de cotización en otros regímenes de Seguridad Social, siempre que se haya procedido a la aplicación de las reglas de cómputo recíproco, pero no se tienen en cuenta a estos efectos los años que falten al funcionario para cumplir los sesenta y cinco años<sup>47</sup>.

Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión y antes del cumplimiento de la edad de jubilación o retiro forzoso se produjera un agravamiento de la

---

<sup>42</sup> Art. 31.6 TRLCP.

<sup>43</sup> Art. 31.5 TRLCP.

<sup>44</sup> Art. 31.4 TRLCP.

<sup>45</sup> Disposición adicional 13ª de la Ley 2/ 2008, de 23 de diciembre, de PGE para 2009, desarrollada por el RD 710/2009, de 17 de abril.

<sup>46</sup> Art. 1.4 RD 710/2009.

<sup>47</sup> Art. 1.2 RD 710/2009.

enfermedad o lesiones del interesado de manera que le inhabilitaran para el desempeño de toda profesión u oficio, podrá solicitar el incremento de la cuantía de la pensión hasta el 100% de la que le hubiera correspondido por aplicación de las normas generales de cálculo<sup>48</sup>. No obstante, ese incremento de la cuantía de la pensión es incompatible con el percibo de una pensión que se pudiera reconocer computando los períodos de ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena, que motive su inclusión en un régimen público de Seguridad Social, siempre que tal actividad se hubiera desempeñado, en todo o en parte, tras la jubilación o retiro del funcionario<sup>49</sup>.

Finalmente señalar que, el mutualista declarado gran inválido tendrá derecho a un complemento de pensión con cargo a la Mutualidad General, destinado a remunerar a la persona encargada de su asistencia<sup>50</sup>.

#### 2.1.4. Prolongación de la vida activa en el Régimen de Clases Pasivas del Estado<sup>51</sup>

La disposición adicional 17ª del TRLCP, en su nueva redacción dada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha establecido que a las pensiones de jubilación que se causen a partir del 1 de enero de 2022 les será de aplicación lo establecido en el art. 210.2 de la LGSS, para los casos en los que se demore el acceso a la jubilación más allá del cumplimiento de la edad legal<sup>52</sup>.

Así, cuando se acceda a la jubilación a una edad superior a la ordinaria legalmente prevista en cada momento, la establecida para cada uno de los colectivos conforme a su legislación vigente, siempre que al cumplimiento de esta edad hubiera completado 15 años de servicios efectivos al Estado se reconocerá al interesado por cada año completo de servicio que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado:

<sup>48</sup> Disposición adicional 13ª.2 Ley 2/2008 y art. 2.1 RD 710/2009.

<sup>49</sup> Disposición adicional 13ª.3 Ley 2/2008 y art. 2.3 RD 710/2009.

<sup>50</sup> Consistirá en una prestación económica de carácter mensual, incluidas dos pagas extraordinarias al año, equivalente al 50% de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo a la cantidad íntegra que se le acredite en nómina por el Régimen de Clases Pasivas del Estado en cada momento. (art. 106 RGMA).

<sup>51</sup> La Disposición adicional octava de la Ley 40/2007, estableció que, para garantizar la plena aplicación a los funcionarios públicos del derecho a la prolongación de su vida laboral, y todo ello con la misma vigencia que la citada Ley establece para los trabajadores sometidos al Régimen General de la Seguridad Social, “el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley desarrollando los términos de la prolongación de la permanencia en el servicio activo”. Este proyecto de Ley nunca se remitió a las Cortes Generales, y fueron las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2015 (Disposición adicional 25ª Ley 36/2014) y para 2016 (Ley 48/2015 que introdujo la Disposición adicional 17ª al TRLCP) las que reconocieron el complemento a la pensión, con efectos 1 de enero de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2014. La SAN (Cont-Advo) de 17 de julio de 2019 (Rec. 313/2018), deniega la revisión de la cuantía de la pensión de jubilación causada en el Régimen de Clases Pasivas con anterioridad a 1 de enero de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2014, con independencia de reconocer el juicio crítico que merece la técnica legislativa, la DA 8ª de la Ley 40/2007 no supone un derecho adquirido sino una mera expectativa de regulación.

<sup>52</sup> Según establece la propia DA 17ª, se entenderá a estos efectos por periodo de cotización o años de cotización o cotizados, los años de servicio efectivo al Estado; y las referencias a la base reguladora y al tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, en cómputo anual, deben entenderse hechas, respectivamente, a los haberes reguladores y al haber regulador del grupo/subgrupo A1 establecido en la LPGE para cada ejercicio económico, en cómputo anual.

La DA 17ª únicamente le será de aplicación a las pensiones de jubilación del art. 31 del TRLCP; de forma que a los efectos de los arts. 39,42 y 45 del TRLCP, la base reguladora de las diferentes pensiones estará constituida por la pensión de jubilación o retiro del fallecido, calculada exclusivamente conforme a lo dispuesto en el art. 31 del TRLCP, sin que en ningún caso le sea de ampliación lo previsto en la citada disposición.

- Un porcentaje adicional del 4% por cada año completo de servicio entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión.
- Una cantidad a tanto alzado por cada año completo de servicio entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de servicio acreditados en la primera de las fechas indicadas, siendo la fórmula de cálculo la del art. 210 de la LGSS.
- Una combinación de las soluciones anteriores en los términos que se determinan en el RD 371/2023, de 16 de mayo<sup>53</sup>.

Lo dispuesto en la DA 17<sup>a</sup> del TRLCP es aplicable a Jueces, Magistrados, Abogados Fiscales, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, docentes universitarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado que causen o que hayan causado pensión de jubilación a partir de 1 de enero de 2015 y que en el momento de dicho hecho causante cuenten, al menos, con 65 años de edad cumplidos, así como a los Magistrados y Fiscales del Tribunal Supremo que en la indicada fecha estuvieran prestando servicios como eméritos<sup>54</sup>.

### *2.1.5. Incompatibilidades de las pensiones de jubilación o retiro<sup>55</sup>*

Como regla general las pensiones de jubilación o retiro son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público<sup>56</sup>.

Además, es incompatible con el percibo de cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Para acceder a esta modalidad se requiere acreditar, al menos, dos años completos cotizados entre la fecha en que se cumplió la edad ordinaria de jubilación y la del hecho causante de la jubilación, siempre que al cumplir dicha edad se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización necesario. Así, si se acreditan de 2 a 10 años completos cotizados, el complemento consistirá en la suma de un porcentaje adicional del 4% por cada año de la mitad de ese período, tomando el número entero inferior, y una cantidad a tanto alzado por el resto del periodo considerado; si se acreditan 11 o más años completos cotizados, el complemento será la suma de una cantidad a tanto alzado por 5 años de ese período y un porcentaje adicional del 4% por cada uno de los años restantes.

<sup>54</sup> En tales supuestos se reconocerá a los interesados un porcentaje adicional por cada año completo de servicios efectivos al Estado entre la fecha en que cumplieron 65 años de edad, y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de servicio acreditados en la primera de las fechas indicadas, según la escala prevista en la DA 17<sup>a</sup> TRLCP (DA 5<sup>a</sup> LOPJ, modificada por la Ley 6/2018). El reconocimiento de pensión de jubilación en estas condiciones será objeto de revisión de oficio para adecuarlo a dicha regla con efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente al hecho causante (DT 8<sup>a</sup> LOPJ, modificada por la Ley 6/2018).

<sup>55</sup> Art. 33 TRLCP, en su nueva redacción dada por el RD-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

<sup>56</sup> Arts. 1.1 Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y 33 TRLCP, en su redacción dada por la Ley 3/2017.

<sup>57</sup> A estos efectos, se entiende por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional (art. 31. 1, párrafo 3 TRLCP).

No obstante, se aplicarán a este régimen de incompatibilidad las excepciones contempladas en el art. 19<sup>58</sup> y en la disposición adicional novena<sup>59</sup> de la Ley 53/1984 y, en el caso de que no se perciban retribuciones periódicas por el desempeño de cargos electivos como miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, las previstas en el art. 5 de la misma Ley.

También son incompatibles, con carácter general, con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en un régimen público de Seguridad Social, salvo en los siguientes supuestos:

- a) La jubilación forzosa por cumplimiento de la edad legal prevista en cada caso.

Estos pensionistas podrán compatibilizar la pensión con el ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena siempre que se acceda a la jubilación o retiro por cumplimiento de la edad establecida como edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios y que el porcentaje aplicable al haber regulador para determinar la cuantía de la pensión sea del 100%<sup>60</sup>.

La cuantía de la pensión será equivalente al 50% del importe reconocido inicialmente una vez aplicado, si procede, el límite máximo de la pensión pública o el que se esté percibiendo en la fecha de inicio de la actividad excluido el complemento por mínimos que no podrá percibirse en tanto se compatibilice pensión y actividad<sup>61</sup>. No obstante, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al cien por ciento si la actividad se realiza por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, o se trata de una actividad artística, por cuenta propia o ajena.

La pensión se revalorizará en su integridad pero su importe más las revalorizaciones se reducirán en un 50% mientras dure la compatibilidad. Esta reducción no será aplicable cuando la pensión de jubilación sea compatible con la actividad por cuenta propia y se acredite tener contratado al menos un trabajador por cuenta ajena o se trate de una actividad artística.

- b) La pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio.

Estos pensionistas podrán compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de una actividad siempre que sea distinta a la que venían realizando al servicio del Estado<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Las derivadas de la Administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley; la dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tenga carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine; la participación en Tribunales calificadoros de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas; la participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan, en la forma reglamentariamente establecida; el ejercicio del cargo de Presidente, Vocal o miembro de Juntas rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido; la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios; la participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social; y la colaboración y la asistencia ocasional a Congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

<sup>59</sup> Profesor universitario emérito.

<sup>60</sup> No será exigible el 100% del haber regulador cuando el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia de las personas que realicen una actividad artística a las que se refiere el artículo 249 quater de la LGSS (art. 33.3 TRLCR).

<sup>61</sup> Salvo que se trate de una actividad artística, que se podrá percibir el complemento a mínimos.

<sup>62</sup> Se entiende por actividad distinta, «aquella en que las tareas a realizar no guarden semejanza con las

En este caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75% de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55%, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro<sup>63</sup>.

El efecto general de la incompatibilidad es la suspensión de la percepción de la pensión por meses completos hasta el cese de la actividad. La suspensión se extiende desde el día primero del mes siguiente al inicio de la actividad que determina la incompatibilidad hasta el último día del mes en que se finalice, si bien, cuando la actividad incompatible se inicie el día primero de un mes, la suspensión del abono procederá desde el día primero del mes en que se realice la actividad incompatible<sup>64</sup>.

## 2.2. La pensión de jubilación extraordinaria

Tiene la consideración de pensión extraordinaria, la pensión de jubilación o retiro que sea consecuencia de la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del personal debida a accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo. En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, esta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado<sup>65</sup>.

Se presumirá el acto de servicio, salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad permanente del funcionario haya acaecido en el lugar y tiempo de trabajo<sup>66</sup>.

La Audiencia Nacional ha interpretado que el tratamiento privilegiado que hace el RCP de los accidentes o enfermedades del servicio se manifiesta concediendo a los incapacitados por esta causa una pensión vitalicia de cuantía superior a la que se concede a los jubilados por enfermedad o accidente común, y al ser normas de privilegio, su aplicación debe hacerse de modo estricto, interpretando los accidentes y enfermedades del servicio de manera restrictiva por la exigencia de requisitos especiales como son que aquellos se produzcan en conexión directa con el servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado, pero, cuando es una enfermedad la causante exige un plus, ya que la misma “deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado”<sup>67</sup>, de

---

funciones realizadas por el funcionario, en razón de su pertenencia al Cuerpo, Escala, plaza o categoría en que fue declarado jubilado o retirado” (art. 10 RD 710/2009).

<sup>63</sup> El pensionista deberá comunicarlo a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, cuando se trate de pensiones causadas por el personal civil o a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, respecto de las pensiones causadas por el personal militar, acompañando una copia del contrato relativo a la actividad que se venga realizando o que se pretenda iniciar o, en su defecto, una certificación de la empresa contratante, si se tratara de un trabajo por cuenta ajena. En caso de un trabajo por cuenta propia, se deberá aportar una copia de la documentación necesaria para el inicio de la actividad o, en tanto no se cuente con ella, una declaración del propio interesado, en la que deben constar las distintas tareas o funciones que integran dicha actividad (art. 11 RD 710/2009). Al respecto, la STS (Conte-Advo) 22 septiembre 2022 (Rec. 7118/2020) señala que la comunicación de una actividad ya iniciada, que luego la Administración declara compatible con la pensión de jubilación o retiro, no obliga al pensionista a la devolución de la totalidad de las cantidades recibidas durante el periodo anterior a la comunicación, sino a la de cuantía de obligada reducción, en base principalmente a que el artículo reglamentario citado habla de la actividad “que se venga realizando o que se pretenda realizar”, admitiendo así que no existe un deber de comunicación previa, sin que ello signifique que la comunicación pueda demorarse indefinidamente, ni menos aún que pueda efectuarse una vez concluida la actividad.

<sup>64</sup> Art. 33.5 TRLCP.

<sup>65</sup> Art. 47.2 TRLCP, en su redacción dada por el RD-Ley 15/2020.

<sup>66</sup> Art. 47.4 TRLCP.

<sup>67</sup> Sentencia AN (Cont-Advo) 10 de diciembre de 2020 (Rec. 65/2020)



modo que “si la misma es el resultado de las disfunciones que a una persona originan diversos padecimientos, incluso aunque algunos de ellos pudieran considerarse derivados de actos de servicio, sin que estos sean por sí mismos determinantes de la declaración de insuficiencia, no concurrirá el presupuesto legal necesario para declarar el nexo causal con el servicio”<sup>68</sup>.

En el Régimen General se reconoce expresamente como accidente de trabajo el llamado “accidente in itinere”, que es el que sufre el trabajador “al ir o al volver del lugar de trabajo”<sup>69</sup>. En el Régimen de Clases Pasivas no viene recogido en su normativa, y numerosas Sentencias del TS y de la Audiencia Nacional venían denegando sistemáticamente el carácter extraordinario de las pensiones concedidas por las lesiones sufridas por los funcionarios en los accidentes sufridos al ir o al volver del trabajo. Sin embargo, el TS cambia de criterio, y en las recientes sentencias de 21 y de 24 de junio de 2021<sup>70</sup> ha reconocido los accidentes in itinere en Clases Pasivas como accidentes en actos de servicio a los efectos de obtener la pensión extraordinaria.

En todo caso, dicho personal, en cuanto se incapacite o inutilice en acto de servicio o como consecuencia del mismo, será declarado jubilado o retirado<sup>71</sup>.

La jubilación o retiro se declarará por los organismos y entidades mencionados en el precedente artículo 28.3 del TRLCP, siendo de la competencia exclusiva del Instituto Nacional de la Seguridad Social la concesión o no de pensión extraordinaria. Todo ello sin perjuicio de la competencia que tiene el Ministerio de Defensa en la determinación de la naturaleza de acto de servicio<sup>72</sup>.

### 2.2.1. Requisitos

El derecho a la pensión extraordinaria se causa cualquiera que sea el tiempo de servicios efectivos prestados al Estado por el funcionario, sin que sea necesario acreditar periodo de carencia alguno<sup>73</sup>.

### 2.2.2. Cuantía de la pensión

El cálculo de la pensión extraordinaria de jubilación o retiro se aplican las reglas generales de la pensión de jubilación ordinaria por incapacidad permanente, por lo que se entenderán como servicios efectivos prestados en el cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría a que figurara adscrito el causante al momento en que se produzca la declaración de jubilación o retiro, los años completos que le faltaran para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso; con la particularidad de que el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200 por 100<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> Sentencia AN (Cont-Advo) 14 de octubre 2021 (Rec. 73/2021). En la misma línea, SSAN (Cont-Advo) 6 de julio de 2022 (Rec. 26/2022); 28 septiembre 2022 (Rec. 45/2022); 1 de marzo de 2023 (Rec. 131/2022)

<sup>69</sup> Art. 156.2 a) LGSS. Este supuesto ha originado una abundantísima jurisprudencia, y es una de las principales vías del desbordamiento del AT, pues trascendiendo el riesgo profesional se va a imputar al empleador el riesgo del trayecto, principalmente el riesgo de accidente de tráfico, conformando como laboral la alta siniestralidad que ocasiona la utilización de vehículos a motor, si bien no es momento de analizar aquí.

<sup>70</sup> Rec. 7791/2019 y 8335/2019, respectivamente. Doctrina seguida por SSTS (Cont-Advo) 3 de marzo 2022 (Rec. 320/2020), 16 de marzo 2022 (Rec. 3643/2020); 4 de mayo de 2022 (Rec. 4831/2020) y 6 de julio 2022 (Rec. 4100/2020), entre otras.

<sup>71</sup> Art. 47.2 TRLCP, en su redacción dada por la Ley 22/2021.

<sup>72</sup> Art. 47.2 TRLCP en su redacción dada por la Ley 22/2021.

<sup>73</sup> Art. 48.1 TRLCP.

<sup>74</sup> Art. 49.1 TRLCP. Cuando las pensiones extraordinarias se hayan originado como consecuencia de actos de terrorismo, la cuantía de las mismas en favor del propio causante será del 200 por 100 del haber regulador correspon-

No se reduce la pensión, aunque el tiempo de servicios efectivos no alcance los 20 años<sup>75</sup>.

### 2.2.3. Incompatibilidades

Las pensiones extraordinarias son incompatibles con las ordinarias que pudieran solicitar sus beneficiarios con base en los mismos hechos causantes, siendo las originadas en acto de terrorismo también incompatibles con las extraordinarias que, por los mismos hechos, prescindiendo de su motivación terrorista, pudieran corresponder<sup>76</sup>.

También son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social<sup>77</sup>; y con indemnizaciones, ayudas o subsidios con cargo al crédito presupuestario de Clases Pasivas<sup>78</sup>.

## 3. REVALORIZACIÓN, COMPLEMENTOS A MÍNIMOS Y LÍMITE DE LAS PENSIONES<sup>79</sup>

### 3.1. Revalorización

Las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizan al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior. Si el valor medio fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año.

### 3.2. Complementos a mínimos

Las pensiones que no alcancen el importe mínimo de protección, establecido en atención a su clase en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, podrán ser complementadas hasta dicho importe, en los términos y en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que sus beneficiarios residan en territorio español. El importe del complemento en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada ley. Los complementos a mínimos son incompatibles con la percepción por el pensionista de rendimientos de trabajo, por cuenta propia o ajena, y/o capital, o cualquier otro rendimiento sustitutivo de aquellos,

---

diente, de acuerdo con las reglas del artículo 30 de este texto, al Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría de última adscripción de aquél (art. 49.3 TRLCP).

<sup>75</sup> Disposición adicional 13ª.2 Ley 2/2008.

<sup>76</sup> Art. 50.1 TRLCP.

<sup>77</sup> Art. 9 RD 710/2009

<sup>78</sup> Art. 49.4 TRLCP.

<sup>79</sup> Art. 27 TRLCP, en su nueva redacción dada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

como plusvalías o ganancias patrimoniales, cuándo la suma de todas las percepciones, excluida la pensión a complementar, exceda del límite que marca cada año la LPGE.

### 3.3. Límite máximo

La LPGE para cada ejercicio económico establece el límite máximo de percepción para las pensiones públicas, que no puede ser superado por la pensión o la suma de las pensiones públicas que perciba un mismo beneficiario<sup>80</sup>. Únicamente están excluidas de dicho límite las pensiones derivadas de actos de terrorismo<sup>81</sup>; así como la prestación complementaria que otorga el Mutualismo administrativo en concepto de gran invalidez.

Con carácter excepcional se puede superar la pensión pública máxima cuándo se perciba el complemento para la reducción de la brecha de género<sup>82</sup> y en los supuestos de prolongación del servicio activo. En estos casos, si la cuantía de la pensión con el incremento del 4% por cada año completo de servicio más allá de la edad de jubilación forzosa superase el límite máximo se podrá recibir una cuantía adicional que sumada a la pensión no podrá ser superior al haber regulador del Grupo/Subgrupo A1<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> En este sentido, la STSJ Madrid (Cont-Advo) 13 marzo 2020 (Rec. 960/2018), confirma la Resolución de la Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas que reduce el importe de la pensión reconocida al límite máximo de percepción de las pensiones públicas fijado en la LPGE para ese año, 2018.

<sup>81</sup> Art. 50. 2 TRLCP.

<sup>82</sup> Disposición adicional 18ª.3, d) TRLCP.

<sup>83</sup> Las referencias que el art. 210.2 de la LGSS hace a la base reguladora y al tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento en cómputo anual, deben entenderse hechas, respectivamente, a los haberes reguladores contemplados en el artículo 30 y al haber regulador del grupo/subgrupo A1 establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, en cómputo anual. (DA 16ª TRLCP). Para el año 2023 el haber regulador del Grupo A1 es de 48.086,76 euros/año ( 3.343,77 euros/mes); por lo que la cuantía adicional máxima será 375,96 euros/mes (diferencia entre 3.434,77 y la pensión máxima de 3.058,81 euros/mes).

**EL DESPIDO COLECTIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS  
TRAS EL RDL 32/2021, DE 28-12**

M.<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES

*Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DESPIDO COLECTIVO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTES DEL RDL 3/2012
3. EL DESPIDO COLECTIVO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAS EL RDL 3/2012
4. LA REFORMA DE 2021

## 1. INTRODUCCIÓN

La Disposición Derogatoria Única del RD-L 32/2021, de 28-12, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE de 30 de diciembre de 2021), derogó expresamente la disposición adicional decimosexta del ET, retrasando los efectos de tal derogación a 30 de marzo de 2022, en aplicación de la disposición final 8.2.f) del citado Real Decreto-ley. La norma no ofrece razones claras que justifiquen la derogación expresa de la Disp. Ad. 16<sup>a</sup> ET, pudiéndose a lo sumo conectar con una supuesta contradicción con la “reforma planteada” por el RDL 32/2021 y, quizá, con sus Disp. Transitorias<sup>1</sup>, relativas a las reglas a aplicar a los contratos temporales, y a la derogación de los apartados 1 y 2 de la Disp. Adic. Decimoquinta del ET. No obstante, la Exposición de Motivos ofrece otra relevante pista a seguir, cual es el cumplimiento en plazo de las Reformas 4, 6, 8 y 9 del Componente 23, «*correspondientes a las modificaciones objeto del presente real decreto-ley*», y que deben completarse durante el cuarto trimestre de 2021, tal y como aparece reflejado en las Disposiciones Operativas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, acordadas por el Gobierno de España y la Comisión Europea, en virtud del Reglamento (UE) 2021/241, aprobadas por la Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 2021. Pues bien, nuevamente la afectación de la derogación de las citadas Disp. Adic. 15<sup>a</sup> y 16<sup>a</sup> ET parecen enmarcarse preferentemente en el cumplimiento de ese objetivo 4, cual es la «*simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal*». Entonces, según parece, la derogación de la Disp. Adic. 16<sup>a</sup> está puesta a su vez en relación con la de la Disp. Adic. 15<sup>a</sup> ET, y ésta, a su vez, con la reforma de la contratación temporal y su consiguiente restricción en favor de la extensión del contrato indefinido, también en las Administraciones Públicas.

En esta misma dirección, no puede ser casual que justo el día anterior se publicase la L. 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE de 29 de diciembre de 2021). Su Exposición de Motivos conecta sus objetivos también con el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia, esta vez con su componente 11 (Reducción de la temporalidad de los empleados públicos y mejora de su formación) y justifica su urgencia en atención al cumplimiento de los compromisos de España en relación a la ejecución del citado Plan, pero también en atención a otra circunstancia sobrevenida habilitante, cual es la doctrina del TJUE recogida en la sentencia IMIDRA, de 3 de junio de 2021, y de la STS (sala de lo social), núm. 649/2021, de 28 de junio. ¿Qué relación puede tener la desaparición de la Disp. Adicional 16<sup>a</sup> ET con las medidas de reducción de la temporalidad en la Administración Pública y/o los referidos pronunciamientos judiciales? Y, aún más importante, ¿la derogación de la citada Disp. Adicional 16<sup>a</sup> ET supone la imposibilidad de despido colectivo laboral en la Administración Pública?

---

<sup>1</sup> “En cuanto a las disposiciones transitorias, un total de nueve, aclaran el régimen jurídico aplicable a diferentes situaciones contractuales o convencionales vigentes a la entrada en vigor del presente real decreto-ley, estableciendo el necesario marco de certezas en coherencia con las disposiciones derogatoria y finales. La disposición derogatoria única establece la derogación expresa de las disposiciones que contravienen la reforma planteada”. (Exp. Motivos IV, RDL 32/2021).

## 2. EL DESPIDO COLECTIVO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTES DEL RDL 3/2012

Una hipótesis de partida podría ser la de determinar exactamente cuál fue el significado de la Disp. Adicional 20ª ET, que después pasó a ser la 16ª ET. En definitiva, ¿su función fue la de autorizar, la de dar entrada al despido colectivo del art. 51 y 52.c) ET en las Administraciones públicas?, o por el contrario ¿fue la de proclamar, la de declarar tal posibilidad y, en su caso, potenciar su adaptación o modalización en tal ámbito? Si la respuesta se identificase con esta última alternativa, la lógica apuntaría a que su mera desaparición no impediría lo que fue posible antes de su aceptación expresa.

Pues bien, los estudios doctrinales apuntan a que nuestros Tribunales mayoritariamente aceptaron la posibilidad del despido colectivo del personal laboral en las Administraciones Públicas antes del RDL 3/2012<sup>2</sup>. Y, efectivamente, es el caso, por ejemplo, de la STSJ Andalucía/Sevilla, núm. 1611/1997 de 25 abril, (rec. 2871/1996), que en un supuesto de despido por causas económicas del art. 52.c) ET en el seno de una Mancomunidad de Municipios, declara que tal precepto es «*aplicable a entes públicos como el aquí interesado sin duda alguna*», con lo que admite dicha medida extintiva también en el seno de Administraciones Públicas, como «*una fórmula utilizable además de los Planes de Empleo o las medidas de reasignación de efectivos a que aluden los artículos 18 y 20.1, g) de la Ley 30/1984*»<sup>3</sup>. Concluye, así mismo, reconociendo la procedencia del despido ante la reducción de subvenciones destinadas al servicio en que se empleaba al trabajador y concurrir los elementos necesarios identificados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para tales despidos. En este sentido, también la STSJ. Andalucía/Sevilla núm. 1858/1997 de 9 mayo, (rec 3757/1996), reitera tales afirmaciones y declara igualmente procedente el despido del guarda rural como consecuencia de la supresión del Servicio de Guardería Rural del Ayuntamiento, «*... teniendo en cuenta –en especial en Corporaciones Locales o en entes de la Administración institucional– que su sometimiento general al Derecho hace posible la utilización de ésta y de las demás causas objetivas de dicho artículo 52 ET*». Y, nuevamente, la STSJ. Andalucía/Sevilla, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1050/2013, de 21 marzo, (rec. 1398/2012), mantiene con rotundidad la

<sup>2</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M, “El despido colectivo en el sector público”, disponible en: <http://grupo.us.es/sej322/biblioteca/reforma2012/despidoAAPP-MRP.pdf> (última revisión en 24-02-2023). También es partidario de esta posibilidad: Cruz Villalón, J, “Los Expedientes de regulación de Empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, pág. 22.

<sup>3</sup> Matiza, en cambio, para negar la aplicación directa de los arts. 51 y 52.c) ET, la STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social), núm. 2320/1997 de 26 septiembre, rec. 2860/1996: «*...no es fácil aceptar que las causas de extinción de los contratos de trabajo por las causas previstas en los arts. 51 y 52 del ET sean aplicables a un Ayuntamiento sin más... y es difícil admitir, la aplicación directa de tales previsiones, porque el legislador está pensando en una empresa mercantil situada en un mercado competitivo y globalizado con problemas de supervivencia o de viabilidad futura derivada de aquella competencia, nada de lo cual se puede predicar de un Ayuntamiento en cuanto que tiene su supervivencia garantizada por muchas que sean las deudas o las dificultades de organización, aun cuando tanto la una como la otra tienen que ver directamente más que con la situación del mercado con los problemas derivados de sus ingresos y de sus presupuestos. A pesar de la dificultad de encajar aquellas previsiones legales en las relaciones laborales existentes en las Administraciones Públicas, esta Sala entiende que dicho engarce sí que puede hacerse pero sólo a través del cauce legal previo previsto en el art. 18 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, en la redacción introducida por la Ley 22/1993, de 29 diciembre, en una disposición que además tiene el carácter de básica, en la cual, precisamente por la propia naturaleza y condiciones de funcionamiento de las Administraciones Públicas, se prevé que la reorganización y reestructuración de los recursos humanos tanto en relación con el «personal funcionario como laboral» -art. 18.1- se hará a través de una fórmula específica cual es la de los Planes de Empleo, dentro de los cuales es donde podría aceptarse la decisión extintiva en base a las peculiaridades del art. 51, pero siempre acomodándolas a la verdadera situación de un ente Administrativo, previo un estudio racional de necesidades... con lo que, faltando la redacción de dicho Plan y su pertinente aprobación, faltaría el presupuesto legal necesario para poder aceptar una decisión extintiva como la que aquí se está contemplando».*

aplicación del art. 52.c) ET a las extinciones producidas en un Ayuntamiento altamente endeudado y con una plantilla sobredimensionada –por haber favorecido el acceso al empleo público a familiares y amigos de los cargos electos–, con objeto de sustituir a los tres puestos de encargados de obra existentes de electricidad, fontanería y obras, por un encargado general que asuma todas las tareas<sup>4</sup>.

También la sala de lo social del TSJ de Castilla-León/Burgos, en su sentencia núm. 417/2011 de 13 julio, (rec. 411/2011), admite sin ambages la extinción de la relación de la trabajadora fija del Ayuntamiento, que se ve afectada por la externalización del servicio al que está adscrita<sup>5</sup>. Lo que también asume implícitamente la sala de lo social del TSJ Extremadura en su sentencia núm. 311/1998 de 18 mayo<sup>6</sup>.

E, igualmente, la sala de lo social del TSJ Cataluña marca su postura en la sentencia núm. 6685/1998 de 2 octubre<sup>7</sup>, donde identifica su máxima: *«la Administración puede contratar, y en consecuencia puede extinguir el contrato»*; y sus medios: *«debiéndose hacer una interpretación analógica»*. En esta línea también la STSJ Cataluña núm. 1684/1999 de 9 marzo, (rec. 6807/1998), pese a reconocer el difícil encaje de las causas del art. 51 y 52.c) ET en la actividad de las Administraciones Públicas, pues su finalidad no es la de obtener beneficios mediante el desarrollo de su actividad mercantil en el que las reglas de la competencia, oferta y demanda tengan trascendencia, pudiendo y debiendo mantener sus servicios deficitarios en los que no sólo no obtiene beneficios económicos, sino que necesariamente tendrá siempre pérdidas que, además, en ningún caso podrán ser superadas por la propia naturaleza de este tipo de prestaciones. Ahora bien, *«si partimos del sometimiento de las administraciones públicas a la legislación laboral para contratar, no hay razón para que deba excluirse la aplicación de la misma para extinguir los contratos en base a las causas previstas en el propio Estatuto de los Trabajadores»*. Por consiguiente, cabe concluir que *«también las administraciones y organismos públicos puedan acogerse a la extinción de contratos de trabajo por las causas que regulan los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, pero siendo rigurosamente restrictivos en su aplicación, para estimar procedentes los despidos únicamente en los casos en los que concurren circunstancias verdaderamente especiales y extraordinarias que justifiquen y permitan entender razonable esta medida en un ámbito tan singular»*<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> También en este sentido, es procedente el despido objetivo por causas económicas en Ayuntamiento en aplicación del art. 52.c) ET: STSJ. Granada, sala de lo social, núm. 3470/2008 de 10 diciembre, rec. 2528/2008.

<sup>5</sup> *« Los requisitos de los despidos objetivos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores son de aplicación tanto a las Administraciones públicas empleadoras como a las empresas privadas. Y si un Ayuntamiento modifica su plantilla de personal, amortizando los puestos de trabajo de unos trabajadores, o externaliza una actividad como es el caso, lo que es aprobado por el pleno de la corporación local, lo decisivo es si concurren los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para la extinción de contratos por causas objetivas. Pues bien tal criterio es compartido por esta Sala de lo Social, el hecho que la actora sea una trabajadora fija , situación que no es equiparable a funcionaria de carrera, no impide a la Corporación demandada extinguir la relación laboral en los supuestos previstos en el Estatuto de los Trabajadores como es el caso y en concreto utilizando la causa de extinción prevista en el art 52 c) en relación con el art 51.1 del ETT , distinto es que concorra y se pruebe tal causa y así lo ha venido entendiendo esta Sala de lo Social de Burgos entre otras en Sentencia de fecha 28-10-2009 ( rec n° 578/2009)»*.

<sup>6</sup> Confirmada por la STS. de 20 diciembre 1999, rec. 2661/1998, por ausencia de contradicción con la STSJ Extremadura/Valladolid 15 de abril de 1997, rec. 590/1997. El caso, es que ambas, con independencia de su diferente criterio, asumen implícitamente que es posible el despido por la Administración Pública fundado en los arts. 51 y 52.c) ET.

<sup>7</sup> Entre otras, mantiene la aplicación del art. 52.c) ET, por ejemplo: STSJ. Cataluña núm. 412/2010 de 22 enero, rec. 6115/2009 y núm. 3904/2012 de 22 mayo, rec. 762/2012.

<sup>8</sup> STSJ. Cataluña núm. 1684/1999 de 9 marzo, rec. 6807/1998.

También en esta etapa anterior a la reforma de 2012, la introducción del supuesto del apartado e) en el art. 52 ET por el RDL 5/2001<sup>9</sup>, con las modificaciones dadas por la Ley 12/2001, de 9 de julio<sup>10</sup>, confirma la posibilidad de despido, tanto objetivo como colectivo, en la Administración Pública, esto último evidenciado por la remisión que hace el propio precepto en su versión dada por la L. 12/2001 al procedimiento del art. 51 ET cuando se iguallen o superen los umbrales previstos en el art. 51.1 ET. La nueva causa extintiva, calificada de subespecie de la económica del art. 52.c) ET<sup>11</sup>, no hace sino facilitar la extinción para el caso particular de insuficiencia o desaparición de la consignación presupuestaria que sustente el plan o programa público concreto, facilitando así a la Administración y entidades sin ánimo lucrativo, la prueba de la concurrencia de causa del despido al construirse a tales efectos como una presunción *iuris et de iure*<sup>12</sup>. Es más, esta reforma es un ejemplo de la intensa vinculación del despido como institución jurídica, con la política de empleo y, concretamente, con las modalidades de contratación; en la medida en que se extienda y fortalezca la duración indefinida del contrato, se tiene que permitir su compensación mediante la posibilidad de despido causalizado. En el caso del supuesto del art. 52.e) ET, el legislador parece ofrecer la contrapartida a la tendencia judicial que pudo apreciarse en la época, tanto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia como, posteriormente del Tribunal Supremo, de revisión del argumento presupuestario como justificación de la temporalidad del vínculo con la Administración y demás entidades públicas<sup>13</sup>. Así, el art. 52.e) ET se convierte en una respuesta adaptativa –y previsor de lo que ya claramente se veía venir–<sup>14</sup> y a la par retroalimentadora de esa tendencia jurisprudencial y conciencia general de la necesidad de

<sup>9</sup> «e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales, por la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo de que se trate.»

<sup>10</sup> «e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.»

<sup>11</sup> Y que se refiere a eventos que podrían tener encaje normativo en el art. 52.c) o en el 51.12 ET (Alemán Páez, F, “El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales”, *RRL*, Tomo I, 2002, págs. 376 y 380.

<sup>12</sup> Por todos: Arias Domínguez, A, “La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.6/2005, versión digital -word. Págs. 6 y 8 a 10; De Heredia Ruiz, I.B, “Entidades sin ánimo de lucro y resolución por «causas de empresa»: ¿Es el art. 52. e) una regla especial de la DA 20ª ET?”, *NREDT*, núm. 165, 2014, pág. 143.

<sup>13</sup> El argumento de la dependencia presupuestaria fue central en relación al generoso amparo jurisprudencial de la contratación en las Administraciones Públicas y demás entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. No obstante, tanto los Tribunales Superiores de Justicia, como posteriormente el Tribunal Supremo, reajustan progresivamente tales tesis, hasta negar que, en sí misma, sea una razón válida. En este sentido, cabría apreciar en este evolutivo cambio de tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dos etapas. En la primera de ellas, ya en la segunda mitad de los 90, el Tribunal Supremo restringe el argumento de la dependencia presupuestaria a la financiación externa al Organismo contratante, como si de una contrata se tratase. En la segunda, con base en el nuevo art. 52.e) ET, y como ya venían apuntando desde antes de dicha reforma las sentencias de los TSJ, tampoco la financiación externa es en sí misma una justificación de la temporalidad de la relación laboral, ya que los servicios permanentes también pueden financiarse a través de subvenciones. La licitud de la contratación temporal vendrá ahora condicionada a la temporalidad intrínseca de la actividad en sí misma, con lo que no lo será si es la coincidente con el objeto de la Entidad sin ánimo de lucro, o actividades permanentes, obligatorias o no, de la Administración (Benavente Torres, Mª I, “Tareas fijas discontinuas y contrato temporal en la administración pública”, *RRL*, 1/2007, en particular, págs.184 y 185).

<sup>14</sup> En este sentido, por ejemplo: Arias Domínguez, A, “La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo”, *op. cit.*, pág. 7-



limitación de la contratación temporal en las Administraciones Públicas<sup>15</sup>. Efectivamente, una temporalidad excesiva por la generosidad con que se apreció dicho argumento -entre otros-, como -sencillamente- por el abuso de aquélla.

La reforma de 2012 conecta el abuso en la contratación temporal en las Administraciones Públicas, con el art. 52.e) ET y el despido colectivo.

Finalmente, y como veremos más adelante, también el Tribunal Supremo ha aceptado expresamente y con naturalidad (por todas, STS. 9 de marzo de 2015, rec. 2186/2014) la posibilidad de despido objetivo o colectivo en las Administraciones Públicas con anterioridad a la DA 20<sup>a</sup> ET.

### 3. EL DESPIDO COLECTIVO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRAS EL RDL 3/2012

La reforma del art. 135 CE de 27 de septiembre de 2011 supuso la consolidación jurídica al más alto nivel, de la imperativa limitación del gasto público y el abandono de la ficción de la inagotabilidad del dinero público. En coherencia, a nivel laboral con la reforma de 2012 se produce el gran salto evolutivo en relación con el despido colectivo en las Administraciones Públicas. La Disp. Adicional 2<sup>a</sup> RDL 3/2012, 10-2, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añade una DA 20<sup>a</sup> al ET, dedicada a la *«Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público»*, en el que se lleva a cabo una definición adaptativa de las causas económicas, técnicas y organizativas para dicho sector<sup>16</sup>. También se añade una Disp. Adic. 21<sup>a</sup> en el ET, conforme a la que *«Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.»*

<sup>15</sup> En este sentido, lo califica como correctivo de la línea jurisprudencial que admitía la contratación temporal de obra o servicio determinado por razones de dependencia de financiación pública anual: Escudero Rodríguez, R, "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", *RRL*, Tomo I, 2001, pág. 1631; Gómez Álvarez, T, "Despido objetivo y contratos indefinidos de las Administraciones Públicas", en AAVV (coord. Gorelli Hernández, J), *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 436 y 442. Pero a la par, y visto desde otra perspectiva, podría considerarse que lo que persigue es dar una mayor flexibilidad para prescindir de los trabajadores indefinidos: Mateu Carruana, M<sup>a</sup> J, "La quinta causa del despido objetivo", *Tribuna Social*, núm. 127, 2001, págs. 45 a 48; Molina Navarrete, C, "El último capítulo de la primera fase de reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio", *RTSS*, núms. 221-222, 2001, pág. 115.

<sup>16</sup> *«El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.»*

*A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.»*

Con la L. 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la DA 20ª ET se modifica en su redacción, de manera que esa descripción adaptativa de las causas económicas, técnicas, u organizativas en el sector público del párrafo 2º DA 20ª ET, se limita al del art. 3.2 del Texto refundido del Sector Público, en definitiva, al Sector Público administrativo, en tanto el empresarial y el fundacional se someten en su descripción a los arts. 51 y 52.c) ET, y 1.2 RD. 1483/2012, de 29 de octubre (párrafo 1º DA 20ª ET). En correspondencia, también la DA 18ª de la L. 3/2012 («Extinción por causas objetivas de determinados contratos en las entidades sin ánimo de lucro»), modifica el art. 52.e) ET para reducir el ámbito subjetivo de la particular causa de despido a las «entidades sin ánimo de lucro» 17, con lo que esa particular subespecie de despido económico en las Administraciones Públicas que se posibilitó expresamente desde 2001, ahora pasará a engrosar el despido económico a que se refiere esa DA 20ª ET.

Además, la L. 3/2012 introduce un nuevo párrafo 3º en la DA. 20ª, según el cual «Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.»

Finalmente, esa DA 20ª ET, pasaría a ser la DA 16ª ET con el RDLeg 2/2015, sin cambios de redacción hasta su derogación por la disposición derogatoria única.2 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Las preguntas y respuestas esenciales a los fines que se propone este trabajo, no pueden ser otras que la de definir exactamente cuál fue el significado ontológico de la Disp. Adic. 20ª ET; ¿tuvo carácter de proclamación, de reconocimiento formal?, o, por el contrario, ¿supuso una auténtica autorización?.

Pues bien, a la vista de los precedentes, y como vino a calificar un autorizado sector de la doctrina, la DA. 20ª ET cumplió el papel de “proclamación”, con el “fin de disipar cualquier controversia”<sup>17</sup>. No desempeñó en puridad la labor de “legitimación”, de “autorización” o de “extensión”. Tan sólo la de “aclaramiento”<sup>19</sup> y a lo sumo de “facilitación”, y, por supuesto, de confirmación en el ánimo -y compromiso- de una valoración más realista y eficiente de las posibilidades públicas. Quizá por ello se obvió toda referencia en la exposición de motivos a esta norma; no tenía un carácter suficientemente relevante en contraste con el resto de cuestiones que asumía tan importante reforma.

Ni tan siquiera era nueva esa preferencia declarada por la permanencia del personal fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto<sup>20</sup>. Mucho

<sup>17</sup> «e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.»

<sup>18</sup> Roqueta Buj, R, “Los despidos colectivos en el sector público: causas y procedimiento”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, pág. 104. También se deducen estas consideraciones de: Lalaguna Holzwarth, E, “Despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en la Ley 3/2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 6/2012, versión digital.

<sup>19</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M, “Despido colectivo en el sector público”, op. cit., págs. 6 y 31.

<sup>20</sup> Prioridad de permanencia que no se impone en el RD. 1483/2012, sino que se supedita a la decisión al respecto de los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas (Dictamen del Consejo de Estado de 4-110-2012, expte 1020/2012, Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.)

tiempo atrás sectores doctrinales ya afirmaron esa preferencia para el despido ex art. 52e) ET/2001, del personal indefinido no fijo de plantilla, por cuanto si el ingreso se rige por el principio de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad, parece también razonable exigir la concurrencia de estos singulares principios en el proceder extintivo. Por tanto, deducía por ejemplo Boltaina Bosch y asumía Arias Domínguez, que en caso de elección, la Administración debería optar por el despido preferente de los indefinidos no fijos, en la medida en que éstos “han lucrado la estabilidad sin haber superado un proceso selectivo público”, como también por la extinción o no renovación de los contratos temporales vinculados a esa consignación presupuestaria o extrapresupuestaria; la extinción de los contratos fijos sólo se produciría como último recurso<sup>21</sup>.

Con todo, esta preferencia adolecía de debilidad. Con ella se evidenciaba la vulnerabilidad del personal laboral fijo de las Administraciones, puesto que implícitamente dejaba claro que también ellos son susceptibles de despido por tales causas. Además, esta concreta garantía contaba con importantes limitaciones, ya que se remitía al criterio discrecional de la Administración, aun sometida a los principios generales del derecho; y porque, en cualquier caso, tendría que atenderse en la selección al principio de objetividad, con lo que concurriría con otros criterios como la antigüedad y la definición del puesto de trabajo<sup>22</sup>.

En fin, la DA. 20<sup>a</sup> ET pretendió la facilitación del despido en las Administraciones Públicas; al clarificar tal posibilidad, como también mediante una labor de adaptación a aquéllas de unas causas del art. 51 ET, se trataba de superar los inconvenientes más relevantes para su aplicación. Inconvenientes, que según hemos visto, no impidieron su aplicación, ni antes de 2012, ni en el intervalo existente entre la entrada en vigor del RDL 3/2012 y el RD. 1483/2012, que se resolvió con el RD. 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Por su parte, el RD. 1403/2012 previsto en el mandato y autorización de la DF. 19<sup>a</sup>.2 L 3/2012<sup>23</sup>, dedica su Título III a establecer «las peculiaridades del procedimiento del despido en el sector público y específicamente en el ámbito de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores». En consecuencia, recoge para las Administraciones Públicas «unas normas específicas de procedimiento en el Capítulo II de dicho Título en atención a las particularidades que presenta la determinación de las causas de los despidos colectivos en las Administraciones Públicas de acuerdo con lo señalado en la mencionada disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores». Por el contrario, en aquellos entes, organismos y entidades que formen parte del sector público, pero no tengan la caracterización de Administraciones Públicas del art. 3.2 LCSP, se aplicarán las reglas generales del Título I, «tanto en lo concerniente a la definición de las causas de los despidos como en lo relativo al procedimiento aplicable» (Preámbulo RD. 1483/2012). Sin poder entrar pormenorizadamente en esas peculiaridades adaptativas de las causas y

<sup>21</sup> Boltaina Bosch, X, “La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002, pág. 101.

<sup>22</sup> Chaves García, JR/Galindo Gil, M<sup>o</sup>D, “La necesaria reinversión del despido colectivo en las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 37, 2015, págs. 22 a 24

<sup>23</sup> «2. El Gobierno aprobará, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, un real decreto sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en ella, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario.»

procedimiento, y que, tanto más a la vista del rango normativo, no eran o debían ser sino la adecuada traducción a ese particular escenario público<sup>24</sup>, es lo cierto que la DA. 20ª ET sólo se ocupó de matizar las causas y establecer una prioridad para la permanencia en el empleo que se supedita a la decisión de los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas, en tanto el desarrollo procedimental derivó directamente de la referida DF 19ª Ley 3/2012 con la finalidad principal de ajustar a las Administraciones Públicas el proceso descrito en el art. 51 ET.

#### 4. LA REFORMA DE 2021

La DA 20ª ET, pasó a ser la DA 16ª ET con el RDLeg 2/2015, sin cambios de redacción hasta su derogación por la disposición derogatoria única.2 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Pero, como nos preguntábamos al inicio, ¿qué efectos tiene su desaparición?

A la vista de lo expuesto, la desaparición de la DA. 16ª ET/2015, no tendría que dar lugar automáticamente a la derogación del Título III del RD. 1483/2012, en aplicación de la cláusula genérica de la Disposición Derogatoria Única.1 RD-L 32/2021; los aspectos procedimentales no fueron objeto de aquélla y de carecer tal Disposición Adicional de una naturaleza esencial constitutiva de la posibilidad de despido, podría volverse a una situación de incertidumbre en la concreta delimitación de las causas o de articulación de tal preferencia, pero no, en puridad, a prohibición o impedimento. Nuevamente tiene que recordarse que el art. 7 LEBEP establece que «El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan». La LEBEP tan sólo se ha referido y aún se refiere puntualmente al despido disciplinario (art. 96.1.b y 2 y DA15ª.5, último párrafo LEBEP). Es fácil deducir, por consiguiente, que en materia de extinción de la relación laboral del empleado público, más allá de las especialidades del despido disciplinario, corresponde la aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Como también observado el debate en sus trazos elementales, parece inaceptable y carece de toda lógica que el empleador público, en este caso la Administración, no pueda prescindir de los trabajadores excedentes o vea reducidas sus posibilidades de extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Precisamente, el principio de eficacia y la prevalencia de los intereses generales del Estado sobre los particulares de un grupo social debería apuntar a todo lo contrario, sin posibilidad de que su capacidad de presión pueda subvertir la superioridad de aquéllos.

Ni tan siquiera los planes de ordenación de los recursos humanos, sucesores de los antiguos planes de empleo, fueron ni son en la actualidad un presupuesto del despido colectivo. Aquéllos siguen siendo potestativos<sup>25</sup>, y el despido colectivo, un instrumento más de que dispone la Administración, sometido ahora a las causas comunes del art. 51 y 52.c) ET.

<sup>24</sup> De hecho, la STS. contencioso-administrativo, de 19 de mayo de 2015, rec. 836/2012, declaró el ultra vires del art. 35.3 RD. 1483/2012, puesto que si bien los criterios reglamentarios suponen una acreditación de la insuficiencia reglamentaria, no exige que esta sea “sobrevvenida” y, sobre todo, no garantiza que sea “persistente”.

<sup>25</sup> Chaves García, JR/Galindo Gil, MªD, “La necesaria reivindicación del despido colectivo en las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 37, 2015, págs. 18 y 19; Navarro Nieto, F, “Los planes de estabilización del empleo temporal en el estatuto básico del empleado público”, *Temas Laborales*, núm. 103/2010, pág. 70.

Pero ¿a qué obedece la derogación de la Disp. Adic. 16<sup>a</sup> ET por el RDL 32/2021? El reconocimiento de la posibilidad de despido por tales causas en 2012 no parece que respondiese como objetivo principal a ocuparse del trabajo temporal ni del indefinido no fijo de plantilla, sino, efectivamente, a la necesidad de reducción del gasto público y reordenación de efectivos. Repárese que en tales fechas, la extinción de los contratos indefinidos no fijos como los de interinidad por vacante, sobre los que el Tribunal Supremo apreciaba «indudables analogías» y calificaba como contratos sometidos a condición resolutoria, se extinguían automáticamente por ocupación de la plaza por su legítimo titular, como resultado de un proceso reglado de cobertura, como también por amortización de aquélla, dado que esta causa incidiría directamente sobre la causa del contrato (arts. 49.1.b) ET y 1117 Código Civil). Por consiguiente, no se consideraba necesario en ninguno de esos casos acudir a las vías de extinción previstas en los arts. 51 y 52.c) ET<sup>26</sup>. En cuanto a la indemnización, el cese del indefinido no fijo por amortización de la plaza, a partir de la doctrina recogida en la STS. de 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012, se indemnizaría en aplicación analógica del art. 49.c) ET, con una indemnización equivalente a la del contrato temporal<sup>27</sup>.

Fue a partir de la STS. social, de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013, cuando se produce una importante rectificación de doctrina, de manera que el Tribunal Supremo pasa a definir el contrato de interinidad por vacante como sometido a término incierto, no a condición resolutoria, con lo que para la amortización de las plazas que ocupen estos trabajadores interinos por vacante, al no ser la causa de extinción prevista en el contrato, como de los indefinidos no fijos, deben seguirse los trámites artículos 51 y 52 del ET y 37 y siguientes del R.D. 1483/2012 y computan a efectos del cálculo de los umbrales del despido colectivo<sup>28</sup>. Posteriormente, la STS. 9 de marzo de 2015, rec. 2186/2014

<sup>26</sup> Por todas: STS. (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) de 21 enero 2014, rec. 1086/2013. Inicialmente, la extinción del contrato indefinido no fijo como del interino por vacante, por amortización o cobertura reglamentaria, no daría lugar a indemnización alguna (véase el estudio de la evolución jurisprudencial del indefinido no fijo en: Cavas Martínez, F, “Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público”, *Laborum*, Murcia, 2018, págs. 151 y ss; Desdentado Bonete, A, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de información laboral*, núm. 10/2018).

<sup>27</sup> «... dado que la consideración de la naturaleza del vínculo contractual nos ha conducido a aceptar la amortización como causa válida de terminación de un contrato de duración incierta... la asimilación a efectos extintivos entre la relación «indefinida no fija» y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica - art. 4.1 CC - del art. 49.1.c)ET y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1999/70/CE [28/Junio] y a la jurisprudencia que la interpreta [ SSTJUE 4/Julio/06 , Asunto Adeneler ; 7/ Septiembre/06 Asunto Marrossu y Sardino ; 7/Septiembre/06 , Asunto Vassallo ; y 23/Abril/09 , Asunto Angelidaki ], y por la que se reitera el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal.»

<sup>28</sup> «La doctrina tradicional de esta Sala ha sido que los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores...Esta doctrina debe rectificarse tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores, norma que ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/ CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones públicas, a quien a partir de ahora se aplica lo dispuesto en los artículos 51 y 52-c ) del E.T...El último párrafo de esta Adicional al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante. La aplicación de esta nueva normativa a los trabajadores denominados indefinidos no fijos es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51-1 del E.T. que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al art. 49-1-c) del texto legal citado. Mayor dificultad exige determinar si a estos efectos son computables los contratos de interinidad por vacante que se resuelvan por la amortización de la plaza ocupada. Resolver ese problema requiere calificar la naturaleza de esos contratos y de la causa que les pone fin... que

confirmó esta rectificación jurisprudencial y expresamente su extensión al indefinido no fijo de plantilla que considera, en cambio, sometido a condición resolutoria (cobertura reglamentaria de plaza). Pero, además, significativamente en lo que a nosotros interesa, reconoció -y sostuvo en sentencias posteriores- también explícitamente la posibilidad de despido colectivo en la Administración Pública ya antes del 2012, dado que en este caso por razones de vigencia no era aplicable la DA. 20ª ET, así como el papel «*bien modesto*» que cumplió aquélla en el cambio de rumbo jurisprudencial, y la afirmación de la necesaria amortización de la plaza del indefinido no fijo o de la interinidad por vacante a través del despido por causas objetivas o, en su caso, el despido colectivo<sup>29</sup>.

Pero ¿qué sucedía en el caso de que el contrato se extinguiese por la cobertura reglamentaria de la plaza? El contrato de interinidad por vacante, y por asimilación el indefinido no fijo, no tenía ni tiene prevista indemnización si se extingue por tal causa (art. 49.c) ET)<sup>30</sup>. Sin embargo, la extinción del indefinido no fijo por dicha cobertura dio lugar al reconocimiento jurisprudencial del derecho a una indemnización equivalente a la legal prevista para los contratos temporales. Esta rectificación del Tribunal Supremo derivó,

---

*nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998)... que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998)... no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P.). La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P. no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término... La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse... Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.... Consecuentemente, estamos ante un contrato temporal que por causa de la amortización de la plaza objeto del mismo se extingue antes de que llegue el término pactado...lo cierto es que nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del E.T. y en los procedimientos establecidos al efecto, pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 del EBEP la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas.*

*Por ello, cabe concluir que el penúltimo párrafo del art. 51-1 del E.T. en cuanto parece excluir del cómputo para la determinación de la existencia de despido colectivo a los contratos temporales del artículo 49-1-c) del mismo texto legal, sólo se refiere a los contratos que finalizan por la "expiración del tiempo convenido", pero no a los que finalizan antes de que llegue su término cual acaece en los supuestos de amortización de vacantes ocupadas interinamente.»*

<sup>29</sup> «... el criterio acogido por la STS de 24 junio 2014 no ha dependido del juego de la DA 20ª ET, sino que este precepto ha servido como mero detonante para propiciar la transición reseñada... Así las cosas, carece de relevancia que al caso ahora resuelto... no resultara aplicable aún el párrafo 3º que a la DA 20ª ET añadió finalmente la Ley 3/2012 ... examinado desde la óptica que aquí interesa, es claro que no viene a abrir la puerta del despido por causas empresariales a los trabajadores temporales (lo que sí sería significativo) sino, sencillamente, a fijar un criterio de prioridad en orden a la permanencia; es la regla sobre el orden en los despidos la novedad y no la apertura de la posibilidad de que sean despedidos quienes carecen de prioridad para mantener su vinculación.

Por lo tanto es irrelevante, a efectos de aplicar la doctrina contenida en la sentencia de 24 de junio de 2014, recurso 217/2013, que la extinción del contrato del actor se produjera con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, incluso con anterioridad a la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, ya que aquélla no se ha establecido en virtud de lo dispuesto en la DA 20 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 3/2012, sino atendiendo a los razonamientos que en la misma se contienen respecto a la naturaleza, duración y extinción de los contratos de interinidad por vacante (trasladables a los indefinidos no fijos)... La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador; operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo».

<sup>30</sup> SSTs. 12 de marzo de 2002, rec. 1223/2001, 27 de mayo de 2002, rec. 2591/2001, 14-4-2011, rec. 3450/2010.

como explícitamente reconoce, a que la el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), dejó patente que los indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE, así como por el hecho de que el TJUE declarase contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. Por consiguiente, también, la extinción del contrato indefinido no fijo por la cobertura reglamentaria de la plaza, siendo la única condición resolutoria tácita de aquél, *«no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET., y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos»*<sup>31</sup>.

Posteriormente, la STS. núm. 257/2017 de 28 marzo, rec. 1664/2015, que asume que la figura del indefinido no fijo está reconocida en los arts. 8 y 11-1 EBEP<sup>32</sup>, introduce una nueva rectificación jurisprudencial para reconocer al indefinido no fijo una indemnización superior por extinción de su contrato motivada por la cobertura reglamentaria de la plaza, por considerar la equivalente a la extinción de los contratos temporales insuficiente. Admite que esta relación tiene una naturaleza diferente a la del contrato temporal, en tanto en el origen de dicha figura siempre hay un uso abusivo de la contratación temporal por la Administración. En consecuencia, debe tener derecho a una indemnización superior a la del contrato temporal cuando se extinga por cobertura reglamentaria de la plaza en un concurso oposición, y ello pese a que por voluntad propia no participase en él. Tal compensación superior se traduce, por tanto, en el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año servicio prevista para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas<sup>33</sup>. Ahora bien, la *«equiparación no se hace porque la situación*

<sup>31</sup> Por todas: SSTS 30-3-2015, rec. 276/2014, 15 junio 2015, rec. 2924/2014; núm. 927/2016, de 7 noviembre, rec. 755/2015.

<sup>32</sup> En cambio, rechaza esta idea en algún pronunciamiento anterior, pues atendiendo a la tramitación parlamentaria la inclusión de los “indefinidos” confrontados a los “fijos” perseguía la integración de los profesores de religión en los centros públicos (STS. 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012). En este sentido, y por cuanto supondría la consagración a nivel legal de una práctica ilegal de la Administración (vid. Desdentado Bonete, A, op. cit., págs. 13 y 14). Por otra parte, tampoco la DA 4<sup>a</sup> RD-L 32/2021 asume tal figura, pues la referencia a los “contratos por tiempo indefinidos” es fruto de un error posiblemente (Boltaina Bosch, X, “La clasificación de los empleados públicos tras la Ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-Ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo”, *Anuario iet de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 8, 2022, págs. 83, 86 y 87). Más recientemente, respecto de los profesores de religión, mantiene que la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a la exclusión de los profesores de religión de las reglas sobre contratación abusiva si no existe otra medida efectiva que sancione dicho abuso, y descarta que la declaración de idoneidad expedida por una autoridad eclesial para permitir a estos profesores enseñar la religión católica constituya una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, puesto que esa declaración se expide una sola vez y no antes de cada año escolar que da lugar a la celebración de un contrato de trabajo de duración determinada: STJUE de 13 enero 2022. En esta línea, de conformidad con el RD 696/2007, el contrato del profesorado de religión debe ser indefinido: SSTS. de 3 de noviembre de 2022, rec 2896/2021 y de 17 de enero de 2023, núm 36/2023, rec. 1672/2021.

<sup>33</sup> *« Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo... la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la*

*sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato».*

Finalmente, la STS. núm. 649/2021 de 28 junio, rec. 3263/2019<sup>34</sup>, rectifica de nuevo doctrina para adecuar su jurisprudencia a la STJUE de 3 de junio de 2021 (IMIDRA). Con este pronunciamiento se alcanza con carácter general a equiparar el contrato de interinidad por vacante superior a 3 años al indefinido no fijo<sup>35</sup>, con lo que la cobertura reglamentaria de la plaza conllevará el derecho a una indemnización equivalente a la del despido procedente por causas objetivas. «Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado Acuerdo Marco sobre contratación determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ese plazo de tres años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, ese es el límite general que tienen los contratos para obra o servicio determinado [ artículo 15.1 a) ET]; constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad (Ley 44/2006, de 29 de diciembre) y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por otro lado, tres años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP».

---

*cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo...En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas.»*

<sup>34</sup> Seguida, entre otras muchas: SSTS. 5 de octubre de 2021, rec. 1558/2020; 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020, 8 de marzo de 2022, rec. 2072/2020.

<sup>35</sup> Pese a que el plazo de -tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP, no pueda entenderse en general como una garantía inamovible, es lo cierto que el contrato de interinidad por vacante es un contrato sometido a término incierto. Así, «Técnicamente, dado que, por definición, el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, mientras esto no ocurra estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. Sin embargo, esta visión, que pudiera considerarse técnicamente correcta y amparada por la jurisprudencia europea en la medida que son los Estados miembros a los que les corresponde determinar en qué condiciones los contratos de duración determinada se considerarán sucesivos (STJUE de 11 de febrero de 2021, C-760/18), no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia». Por ello, para garantizar el resultado perseguido por el Derecho de la Unión y combatir así el abuso en la contratación temporal, «la interpretación del contrato de interinidad debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico-jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante». Desde esta perspectiva, cuando el contrato de interinidad tiene una duración excesivamente larga, debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Pero, donde incide particularmente la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19 es en la justificación de las dilaciones...), puesto que « establece que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada». Por tanto, « Desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo.»



Ante tal situación, el Real Decreto-Ley 14/2021 de 6 de julio, medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y posterior L. 20/2021, de 28 de diciembre, de idéntico nombre, vienen a traducir a nivel legal las consecuencias derivadas de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, y en particular, como reconoce su Exposición de Motivos, la reciente sentencia IMIDRA y la STS n.º 649/2021, de 28 de junio. En consecuencia, se considera necesaria una intervención del legislador a fin de precisar el régimen jurídico aplicable, de forma que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la Directiva 1999/70 (CE) del Consejo, de 28 de junio de 1999, con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Ante tales propósitos, la derogación de la DA. 15<sup>a</sup> ET por el RDL 32/2021, probablemente responde –aparte, por supuesto, de a la desaparición del contrato de obra– a que ésta pierde su sentido, en tanto su utilidad principal –en lo que ahora nos interesara la de servir de recordatorio de lo limitado de los derechos de los indefinidos no fijos frente a los abusos de la Administración (apartado 1º)<sup>36</sup> y de la obligación de cobertura reglamentaria por parte de esta; su relación finalizaría automáticamente por la cobertura del puesto mediante los procedimientos ordinarios<sup>37</sup>. Implícitamente, también suponía la reafirmación del término incierto sine die del contrato de interinidad por vacante. Ahora la dirección marcada es otra, huye de fórmulas que supongan la naturalización del abuso y apunta con decisión al intento del control del fraude de la temporalidad; la Administración Pública puede concertar contratos de sustitución para la cobertura temporal de una plaza hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva (DA. 4<sup>a</sup> RDL 32/2021), pero no puede dilatar indefinidamente los procesos selectivos, respecto de los que se reafirma la exigencia de respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, a los que se suma para el personal temporal el de celeridad y de justificación expresa de necesidad y urgencia (art. 11.3, en coherencia con el art. 55 y D.A.1<sup>a</sup> EBEP/2021 y DA 4<sup>a</sup> L 32/2021). Para ello cuenta ahora como antes con carácter general con un límite de 3 años para la ejecución de la oferta en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 70 EBEP y STS. núm. 649/2021 de 28 junio, rec. 3263/2019)<sup>38</sup>. Pero la DA 17<sup>a</sup> TREBEP<sup>39</sup> y la imposición de aseguramiento del

<sup>36</sup> En este sentido, en tanto la derogación de los apartados 1 y 2 DA 15<sup>a</sup> ET, es coherente con la nueva regulación del contrato por circunstancias de la producción, la desaparición del contrato de obra o servicio determinado, y el nuevo régimen jurídico que se reserva para la contratación laboral en el sector público: Gómez Caballero, P, “El régimen de la contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Temas Laborales*, núm. 161/2022, págs. 434 y 437. También en similar sentido: Roqueta Buj, R, *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 22.

<sup>37</sup> En este sentido, la STS. 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012, afirmó que la Disp. Adic. 15<sup>a</sup>: «...lo que está consagrando la norma es la misma solución que se aplica con la doctrina de la Sala sobre el contrato indefinido no fijo, una doctrina que garantiza para el trabajador una estabilidad, impidiendo las contrataciones sucesivas, pero sin que esta garantía opere como obstáculo para “la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”».

<sup>38</sup> En el caso del personal laboral, ni en la modificación del art. 11 TREBEP por la L. 20/2021 como tampoco en el texto de ésta, se ha introducido plazo máximo alguno, con lo que habrá que estar a lo establecido en el art. 15 ET y DA 4<sup>a</sup> RDL 32/2021, y muy en especial por la jurisprudencia (Boltaina Bosch, X, op. cit, 2022, págs. 88 y 89; Semperre Navarro, AV, “Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 7/202, págs. 5 y 12, en donde destaca también que entre 2014 y 2019 la sala de lo social del Tribunal Supremo mantuvo que el plazo del art. 70 TREBEP limitaba a tres años la duración máxima del contrato. En cambio, el art. 10 TREBEP, tras la L. 20/2021, sí asume claramente una duración máxima de 3 años de la relación de los funcionarios interinos por cobertura de vacante, con lo que alcanzado dicho término máximo se producirá el cese de los mismos, salvo que se haya realizado la convocatoria en esos 3 años a contar desde el nombramiento y, conforme a los plazos del art. 70 EBEP, aún no haya finalizado el proceso selectivo, en cuyo caso el funcionario podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese de lugar a compensación económica alguna. Por el contrario, en caso de que el proceso se declare desierto, se cesará al funcionario interino y se podrá proceder a un nuevo nombramiento.

<sup>39</sup> Introducida por la L 20/2021 a que se remite la DA 4<sup>a</sup> L 32/2021. En opinión de Gómez Caballero, P (cit., págs. 442 a 444), y partiendo de que en el sector privado la superación del período máximo de selección supondría la

cumplimiento de tales plazos (DA 4ª L 20/2021)<sup>40</sup>, le confiere rigor y en gran medida supone recepción legal de dicha doctrina y de las exigencias derivadas del TJUE<sup>41</sup>. De hecho, se concreta la compensación o indemnización específica por incumplimiento, también en la dirección marcada por el Tribunal Supremo y el TJUE<sup>42</sup>; si bien se observa, la compensación económica por la superación del límite máximo prevista en la DA 17ª TREBEP no parece sino la asunción de la indemnización equivalente al despido objetivo que corresponde por extinción derivada de la ocupación regular de la plaza (art. 49.b) ET) que ya venía declarando el Tribunal Supremo primero para los indefinidos no fijos y después también para los interinos por vacante. La compensación con la indemnización que pueda resultar por la extinción de su contrato temporal o por la calificación de la improcedencia del despido, está también en la línea comúnmente asumida en situaciones similares<sup>43</sup>.

Y, claro está, la rectificación de la Administración no se dirige ahora a la amortización de plazas, que requeriría del procedimiento del art. 51 o 52.c) ET tanto para fijos, como para indefinidos, como para interinos. La orientación ahora apunta a la estabilización del personal con contrato temporal de duración superior a esos tres años, y por tanto -si quiera tendencialmente- abusivos, mediante la activación, precisamente, de tales procesos selectivos (vid. art. 2 y DA. Sexta y Octava y DT 1ª L 20/2021)<sup>44</sup>. Un acto de contricción política no puede hacerse asumiendo -y por tanto normalizando- que el indefinido no fijo por abuso de la Administración sigue siendo posible, aunque efectivamente lo sea<sup>45</sup>.

---

fijeza de la relación, la DA 17ª.5 TREBEP marca la diferencia con el sector público e identifica las distintas posibles actuaciones de la Administración Pública ante el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia: a) La facultad de la Administración Pública de decidir unilateralmente la extinción de un contrato indefinido por incumplimiento de tales máximos, mediando en tal caso de cese -y sólo si hay cese- compensación económica por tal incumplimiento específico; b) Caso de impugnación del despido y su eventual calificación de improcedencia, las indemnizaciones son incompatibles y se compensarán; c) No es posible la opción por la readmisión.

Por el contrario, si se superan los tres años de duración máxima del contrato de interinidad por vacante, la administración no puede rescindir el contrato so pena de incurrir en un despido improcedente o nulo: Boltaina Bosch, X, "Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro", *Documentación Administrativa*, núm 8, diciembre de 2021, págs. 80 y 81.

<sup>40</sup> Que será de aplicación a los contratos temporales suscritos a partir de 8-7-2021 (DT2ª RDL 14/2021 y posterior DA2ª L 20/2021). En este sentido apuntado en el texto: Boltaina Bosch, X, cit, 2022, pág. 91.

<sup>41</sup> Respecto del incumplimiento habitual del plazo del art. 70 TREBEP y su consiguiente inadecuación para prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal, ya se pronunció también la STJUE 19 de marzo de 2020, c-103/18 y c-429/18, (Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez). La STJUE 3 de junio de 2021 (IMIDRA) vuelve sobre su valoración para reconocer nuevamente que podría ser útil a efectos de la prevención del abuso de la contratación temporal, para descartar finalmente esa consideración -al igual que en la primera referida-, puesto que puede ser prorrogado por diversos motivos, con lo que *«ese mismo plazo es tan variable como incierto»*

<sup>42</sup> Se cumple así, en principio, la exigencia de que sea una indemnización específica que tiene por objeto compensar de ese uso abusivo de la contratación temporal que exige la STJUE de 19 de marzo de 2020 (Sánchez Ruiz), sin que pueda ser útil tampoco a tales efectos una mera indemnización por finalización de contrato temporal, de conformidad con la STJUE 3 de junio de 2021 (IMIDRA). Pese a situarse en la equivalente a la indemnización por despido objetivo procedente, considera insuficiente, dado que no supondrá un incentivo para denunciar la conducta irregular de la Administración o, más ampliamente, del empleador público: Esteban Miguel, A, *El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo*, Ediciones Cinca, 2022, pág. 108. En similar sentido: Terradillos Ormaechea, E, "Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021, con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo", *Lan Harremanak*, 2022, nº 47, pág. 124.

<sup>43</sup> Véanse, por todas: SSTs de 14 de febrero de 2019, rec. 1802/2017 y de 20 de junio de 2018, rec. 3510/2016.

<sup>44</sup> Procesos de estabilización que, con el plazo señalado, responden así también a la deficiencia como mecanismo de prevención o de eliminación de las consecuencias del abuso en relación a la DT4ª TREBEP, en cuanto se preveía como una mera posibilidad que señala la STJUE 19 de marzo de 2020 (Sánchez Ruiz).

<sup>45</sup> De ahí que Gómez Caballero considere que hubiera sido deseable que la norma hubiera previsto, como lo hacía con anterioridad, que la inobservancia de los límites al encadenamiento de contratos puede convertir al trabajador temporal en indefinido no fijo (cit., págs. 438, 439 y 441).

pese a que los esfuerzos vayan dirigidos claramente a su desaparición<sup>46</sup>. Como tampoco puede visibilizar o subrayar la posibilidad del despido por causas objetivas (que, como puede deducirse, considero que persiste). Un auténtico acto de contrición requiere de un firme propósito de la enmienda, con lo que viene exigido poner el acento en el remedio preventivo de aquéllos (responsabilidad –véase también la DA 43<sup>a</sup> LPGE 2018–, indemnización) y dar una respuesta política al temor de los indefinidos no fijos, declarados o no, por la posible la extinción de su relación laboral. Con todo, aun en la penumbra, el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción sigue siendo posible en la Administración, en aplicación de los arts. 51 y 52.c) ET.

<sup>46</sup> En similar sentido, si bien va más lejos de nuestras afirmaciones, en tanto lo declara como una figura a extinguir tras las reformas de 2021 operadas por la L. 20/2021 y el RDL 32/2021, dado que éste se sustituye por la indemnización de la DA 17<sup>a</sup>.5 TREBEP, y por la previsión de un macroproceso de estabilización del empleo público para regularizar, entre otros, la situación de los indefinidos no fijos de plantilla (art. 2 L. 20/2021). Más concretamente Roqueta Buje extrae de la DA 17<sup>a</sup>.3 y 5 EBEP que las irregularidades en la contratación temporal y la superación de los plazos máximos de permanencia como personal temporal provocarán la nulidad del contrato, desapareciendo así la posibilidad de reconocimiento de la condición de indefinido no fijo a los contratados a partir del 30 de marzo de 2022, y su sustitución por la compensación económica prevista en dicho precepto, aun cuando duda de la suficiencia de ésta (Roqueta Buj, R, *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, op. cit, págs. 20 a 24).

Los efectos como pueden comprobarse son inciertos, dado que la DA 17<sup>a</sup> sólo atribuye la nulidad en los supuestos de superación de plazos, no de otras irregularidades en la contratación. Además, el precepto se refiere a la nulidad de los actos, pactos, acuerdos o disposiciones reglamentarias, pero no lo establece expresamente de los contratos que, en principio, nacieron plenamente válidos. Por otra parte, y en tanto no se ha previsto un plazo límite y sus efectos con la misma claridad que a los funcionarios interinos -respecto de los que tampoco la superación del plazo impone la extinción -que no la nulidad- en todos los supuestos de tal exceso -vid art. 10 EBEP-, el cese del trabajador temporal laboral no será automático, dejando hipotéticamente al arbitrio de la Administración el ejercicio de esa posibilidad de extinción -caso de admitirse esa interpretación-, o desincentivando a los trabajadores a reclamar ante los Tribunales, si esos son los efectos que van a cosechar. Asumir la nulidad del contrato conlleva, además, otros problemas pues de reconocerse la nulidad originaria o sobrevenida por superación de plazos a que se refiere la DA 17.3<sup>a</sup> TREBEP, los posibles efectos sobre el contrato laboral derivados de la consiguiente nulidad total o parcial del proceso, requerirían, es de suponer, de la previa declaración de nulidad -total o parcial- de dicho concurso-oposición y de la acreditación de la relación funcional entre la nulidad de aquél respecto de este, siendo necesario que se siga la vía de los arts. 51 o 52.c) ET, por analogía con los casos de fuerza mayor-*factum principis* o por causas organizativas (salvo error u omisión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre nulidad de contrato derivada de la declaración de nulidad del concurso-oposición; por todas: STS de 21 enero 2008, rec. 454/2007 y de 18 diciembre 2007, rec. 4998/2006. Véase al respecto: Castro Argüelles, M<sup>a</sup> A/García Murcia, J, “La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: acción de nulidad, causa técnica, ¿fuerza mayor?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2000, versión digital). Y, sin embargo, se deroga la DA 16<sup>a</sup> ET.

A la vista de lo expuesto, ni contextual ni literalmente, parece que la DA 17<sup>a</sup> EBEP suponga la imperativa desaparición del indefinido no fijo sino, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en texto, la previsión de medidas para evitar que se llegue a la situación que provoque la declaración de la vigencia indefinida por injustificada extensión de la duración, y fundamentalmente, la previsión legal de una compensación específica por tal causa, de manera que la superación de los plazos daría lugar, entre otras, a la compensación económica de la DA 17<sup>a</sup> EBEP, pero la cobertura reglamentaria sería la causa común de extinción del contrato, sin necesidad de acudir al procedimiento ni causas de los arts. 51 y 52.c) ET.

**LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS  
CONSIDERACIONES SOCIALES, LABORALES Y AMBIENTALES. LA  
CONTRATACIÓN DE EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL**

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. EL NUEVO PARADIGMA GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
2. CONTRATACIÓN
3. EJECUCIÓN
4. CONTRATOS RESERVADOS
5. ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL. MARCO DE APOYO Y PROMOCIÓN
6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. EL NUEVO PARADIGMA GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública ha dejado de ser un simple mecanismo de aprovisionamiento de recursos de la Administración para convertirse en un verdadero instrumento al servicio de la realización de las políticas públicas, incluidas las sociales y, en los últimos años en relación con la sostenibilidad, el trabajo decente, la protección medioambiental y la prevención de la contaminación, tanto a nivel global como europeo y estatal.

La actividad normativa en este sentido ha estado marcada, a nivel global, en el ámbito de las Naciones Unidas, por los Objetivos de Desarrollo sostenible de la Agenda 2030, pero también han desarrollado actividad normativa instituciones de carácter internacional, como la OCDE y UNCITRAL; en la Unión Europea, especialmente por la «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como numerosas iniciativas de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones. En el derecho comunitario hay que destacar la Directiva 2014/24/UE, la Directiva 2014/25/UE y la Directiva 2014/23/UE.

### 1.1 Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030

La evolución señalada tuvo su culmen con la consagración de la contratación pública sostenible como uno de los ODS de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo objetivo 12.7 «promover prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales», se incardina en el 12 «garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles» y está estrechamente vinculado con la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales (objetivo 12.2), la gestión ecológicamente racional de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida (12.4); la disminución sustancial de la generación de desechos (12.5) y con los objetivos 9, 11, 13 y 14, que se proponen desarrollar infraestructuras resilientes; promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación; tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; y conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos.

Pero también con otros, especialmente con el 8 «Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos».

### 1.2. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

A nivel estatal, la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, se plantea como objetivos, por una parte, aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y garantizar una mayor transparencia en la contratación pública, y por otra, trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia, al respecto, se trata de conseguir una mejor relación calidad-precio, a

cuyo objeto, por primera vez se establece, vinculado al concepto de calidad, la obligación de incluir en los contratos públicos aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

Así, en su artículo 1.3) se establece que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

La corrupción, tan vinculada, a nivel global, a la contratación de obras y servicios por parte de las administraciones, ejercida mediante actuaciones fraudulentas por determinados políticos y empleados públicos, se abortada en el Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

### *1.2.1 Consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo en la contratación pública*

En línea con lo que viene siendo una tendencia global, en la Ley de Contratos del Sector Público española, se incluyen consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo en los contratos públicos. Estas consideraciones pueden incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción queda supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202:

En cuanto a las consideraciones de tipo medioambiental en particular, se podrán establecer, entre otras, las que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

En este ámbito, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el «buen hacer» de esa empresa en el ámbito de la protección del medio ambiente.

Respecto a las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, pueden introducirse, entre otras, relacionadas con alguna de las siguientes finalidades:

- a) Hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad;
- b) Contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional;

- c) Promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción;
- d) Eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo;
- e) Favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar;
- f) Combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración;
- g) Favorecer la formación en el lugar de trabajo;
- h) Garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral;
- i) Otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del TFUE;
- j) O garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

En cuanto a otros temas sociales, se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación.

En el ámbito de la discapacidad, se recoge como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, cuestión ya adelantada mediante la modificación del hasta ahora vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

Además, con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2.

Por último, en el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación.

## **2. CONTRATACIÓN**

En el artículo 122, se establece la necesidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluyan los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; y las consideraciones sociales, laborales y ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan.

La introducción de consideraciones sociales, laborales y ambientales supone, aunque de manera potestativa, la información sobre sus contenidos normativos.

### **2.1. Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales y de contratar a un porcentaje específico de personas con discapacidad (Artículo 129)**

El órgano de contratación podrá señalar en el pliego las fuentes de las los concurrentes puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

Cuando se facilite dicha información el órgano de contratación solicitará a los concurrentes que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en tales ámbitos.

### **2.2. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. (Artículo 130)**

Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

Dicha la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.



Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.

### **2.3. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia (Artículo 132)**

Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

### **2.4. Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato. Las características medioambientales y sociales (Artículo 145)**

La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio.

La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, que podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades:

- a) Al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social;

- b) La subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción;
- c) Los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres;
- d) El fomento de la contratación femenina;
- e) La conciliación de la vida laboral, personal y familiar;
- f) La mejora de las condiciones laborales y salariales;
- g) La estabilidad en el empleo;
- h) La contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato;
- i) La formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo;
- j) La aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual;
- k) Los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

## **2.5. Criterios sociales de desempate (Artículo 147)**

Los órganos de contratación pueden establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas.

Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán, entre otros, a: que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa; o que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En defecto de tal previsión, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales:

- a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
- d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

### 3. EJECUCIÓN

#### 3.1. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (Artículo 201)

Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V<sup>1</sup>. Ello sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo. En especial los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos.

#### 3.2. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (Artículo 202)

Los órganos de contratación pueden también establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, que estén vinculadas al objeto del contrato y no sean directa o indirectamente discriminatorias, compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, es obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social, de entre las siguientes:

Entre las consideraciones de tipo medioambiental en particular, se podrán establecer, entre otras, que persigan:

- a) La reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible;
- b) El mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato;

<sup>1</sup> ANEXO V Listado de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental a que se refiere el artículo 201

- Convenio OIT n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,
- Convenio OIT n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva,
- Convenio OIT n.º 29, sobre el trabajo forzoso,
- Convenio OIT n.º 105, sobre la abolición del trabajo forzoso,
- Convenio OIT n.º 138, sobre la edad mínima,
- Convenio OIT n.º 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación),
- Convenio OIT n.º 100, sobre igualdad de remuneración,
- Convenio OIT n.º 182, sobre las peores formas de trabajo infantil,
- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono,
- Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea),
- Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP),
- Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, y sus tres Protocolos regionales.

- c) Una gestión más sostenible del agua;
- d) El fomento del uso de las energías renovables;
- e) La promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o
- f) El impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades:

- a) Hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad;
- b) Contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción;
- c) Eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo;
- d) Favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo;
- e) Garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables;
- f) Medidas para prevenir la siniestralidad laboral;
- g) Otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

#### **4. CONTRATOS RESERVADOS**

La Disposición adicional cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público establece las pautas para la reserva de ciertos contratos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción. Lo que no deja de ser un brindis al sol.

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en

el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo anterior.

El concepto de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social quedó actualizado por esta misma Ley de Contratos, en su Disposición final decimocuarta, por la que se añade un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. De tal forma que:

“Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

La Ley mandata al ejecutivo para que el mencionado Acuerdo de Consejo de Ministros se adoptase en el plazo máximo de un año a contar desde su entrada en vigor<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Décimo. Reserva de la posibilidad de participar en procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes.

1. Reserva de contratos y de lotes prevista en la disposición adicional cuarta y en el artículo 99 de la Ley 9/2017:

a) Términos de la reserva de contratos y lotes: Los órganos de contratación aplicarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción, regulados, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de

Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.

Igualmente, la disposición adicional cuadragésima octava, establece la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones (que enumeran el Anexo IV bajo los códigos CPV).

Dichas organizaciones deberán cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

---

exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

b) Porcentajes aplicables: Estos porcentajes, hasta que se apruebe el Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, serán los que resulten de lo dispuesto en la citada Ley.

c) Creación de un grupo de trabajo: En el seno de la Comisión Interministerial se constituirá un grupo de trabajo, el cual, en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha de su primera reunión, deberá realizar los trabajos preparatorios necesarios para la adopción por parte del Consejo de Ministros del Acuerdo a que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017.

Con esta finalidad el grupo de trabajo, entre otras cuestiones, deberá: identificar las áreas de actividad a las que resultará de aplicación la reserva; el porcentaje o porcentajes a aplicar y la forma en la que deberá valorarse su cumplimiento; determinar el importe global de los procedimientos de adjudicación de servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior, en los términos previstos en la disposición adicional cuarta; determinar los mecanismos de seguimiento e informe que permitan la revisión periódica de los resultados del Acuerdo; y la periodicidad con la que se llevará a cabo la elaboración del informe de los resultados obtenidos para su posterior elevación al Consejo de Ministros.

El grupo de trabajo se creará por la Comisión Interministerial al amparo de lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la misma, pudiéndose integrar como miembros del grupo de trabajo aquellas organizaciones que participen en la Comisión Interministerial como miembros o invitados.

Asimismo el grupo de trabajo impulsará la elaboración del Real Decreto que se contempla en el artículo 71.1 letra d) cuarto párrafo de la Ley 9/2017 relativo a la acreditación mediante un sistema alternativo a la declaración responsable del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el artículo 71.1 letra d) primer párrafo de la Ley 9/2017, bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Este grupo de trabajo igualmente podrá impulsar otros aspectos del Plan, tales como la elaboración y el diseño de planes formativos o propuestas legislativas de desarrollo que impulsen la contratación pública estratégica socialmente responsable.

2. Reserva de contratos y de lotes prevista en la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 9/2017: Adicionalmente los órganos de contratación podrán reservar a las organizaciones que cumplan los requisitos que establece la disposición adicional cuadragésima octava en su apartado 2 el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social que enumera el anexo IV bajo unos determinados códigos CPV, siempre y cuando su duración no exceda de tres años.

- c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

- Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad. Disposición adicional decimoctava.

En el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

- Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social. Disposición adicional cuadragésima novena.

Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

## **5. ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL. MARCO DE APOYO Y PROMOCIÓN**

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, establece en su punto 118 que, para garantizar la continuidad de los servicios públicos, la presente Directiva debe permitir que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sanitarios, sociales y culturales se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales. Como se sabe, dicha directiva, junto con otras, a sido traspuesta al ordenamiento español mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Con carácter general, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, en su artículo 8, sobre Fomento y difusión de la economía social, reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas. Así mismo establece que, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, tendrán como objetivos de sus políticas de promoción de la economía social, entre otros, los siguientes: a) Remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades de la

economía social. Para ello se prestará especial atención a la simplificación de trámites administrativos para la creación de entidades de la economía social.

La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, estatal, en su disposición adicional quinta, establece normas especiales en materia de concurrencia a contratos públicos. Las cooperativas de trabajo asociado y las de segundo grado que las agrupen, gozarán de prioridad en caso de empate en los concursos y subastas para los contratos de obras o servicios del Estado y de los demás entes públicos.

A nivel autonómico, a título de ejemplo, la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, y en términos similares la generalidad de las normas de los otros territorios, en su artículo 116, sobre medidas especiales de promoción cooperativa, establece que las sociedades cooperativas gozarán de preferencia, en caso de empate, en la adjudicación de contratos de las administraciones públicas andaluzas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Bragado López, Virginia; Muñoz del Noyal, Noelia y Enciso de Yzaguirre, Vicente Luis. “Contratación pública responsable. El caso de la Junta de Castilla y León”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 35/2019. pp. 253-280.

Burzaco Samper, María. “Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 35/2019. pp. 169-211.

Burzaco Samper, María. “La contratación pública como instrumento activo de innovación social”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 33/2018. pp. 259-293.

Canalda Criado, Sergio. “Las cláusulas sociales en la contratación pública: un estudio de su idoneidad para el fomento de la economía social”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 35/2019. pp. 65-93.

FEVECTA Blog | La Nueva Ley de Contratos del sector público, ¿será de verdad una oportunidad para las cooperativas? <https://blog.fevecta.coop/contratos-sector-publico/>

García Sabater, Antonio Borja. “Centros especiales de empleo de iniciativa social. Avances legislativos y ajustes necesarios”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 35/2019. pp. 95-123.

Gómez Fariñas, Beatriz. “Contratación pública socialmente responsable: la exigencia de un salario mínimo como condición especial de ejecución”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 35/2019. pp. 213-251.

Gómez-Acebo & Pombo Grupo de Abogados. Contratos del Sector Público. Agenda 2030, objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y contratación pública. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/02/GSCP-116-Agenda-2030-objetivos-de-desarrollo-1.pdf>

Marín Cáceres, Laura. “La dimensión social e inclusiva de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo avance en la inclusión de las personas con discapacidad?” *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* N° 35/2019. pp. 125-167.



Martín Lorenzo, Beatriz. “Reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social: régimen jurídico y doctrina consultiva y de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa N° 35/2019*. pp. 33-64.

Mendoza Jiménez, Javier; Román Cervantes, Cándido y Hernández López, Montserrat “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa N° 33/2018*. pp. 295-331.

Neiva Santos, Melanie Oliveira. “Contratação pública responsável e autonomia: para uma inclusão social das pessoas com deficiência”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa N° 35/2019*. pp. 283.315.

ONU. Anexo Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, [https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global\\_Indicator\\_Framework\\_A.RES.71.313\\_Annex.Spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global_Indicator_Framework_A.RES.71.313_Annex.Spanish.pdf)

Rodríguez González, Amalia y Senent Vidal, María José. “Contratación pública responsable, empresas de economía social e igualdad”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa N° 35/2019*. pp. 13-30

Siqueira Neto, José Francisco y Nagao Menezes, Daniel Francisco. “Cooperativas de recolección de residuos sólidos y ofertas públicas: un estudio de caso brasileño”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa N° 35/2019*. pp. 317-350.

**LA FUTURA LEY DE FAMILIAS Y SU INCIDENCIA EN LA  
CONCILIACIÓN DE INTERESES PERSONALES Y LABORALES DEL  
EMPLEADO PÚBLICO**

M<sup>a</sup> LUISA RODRIGUEZ COPÉ

*Prof.<sup>a</sup>. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. REFLEXIONES PREVIAS
2. CONTEXTUALIZACIÓN. EL MARCO REGULATORIO: UN REPASO A LOS ANTECEDENTES
3. LA SALVAGUARDA DE INTERESES FAMILIARES Y EL FOMENTO DE LA CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS PRESTADORAS DE SERVICIOS: VISIÓN RETROSPECTIVA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
4. POLÍTICAS RECIENTES DE PROTECCIÓN FAMILIAR
5. REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES MAS RELEVANTES DEL EBEP Y DEL ET EN MATERIA DE CONCILIACIÓN
6. COLOFÓN

## 1. REFLEXIONES PREVIAS

La institución familiar es, ante todo, una forma de organización social cambiante cuyo concreto perfil sólo puede definirse a partir de valores ideológicos y de modos de comportamientos dominantes en cada momento histórico. Las profundas transformaciones demográficas, económicas y sociales acontecidas en las últimas décadas han originado grandes cambios en las estructuras familiares: la participación económica de la mujer, la igualdad entre sexos, la caída de la nupcialidad y la fecundidad, la adopción internacional, el envejecimiento de la población, los cambios de los “calendarios” familiares (la edad media para tener el primer hijo se ha retrasado como también se pospone la salida del hogar familiar de los hijos mayores de edad), el incremento de los divorcios y el aumento de hogares monoparentales y reconstruidos tiene una indudable repercusión en la configuración de la familia. La aparición de nuevas estructuras familiares alejadas del modelo tradicional conforma el panorama actual: familias sin hijos, familias con hijos adoptados, familias formadas por parejas sin vínculo matrimonial o parejas del mismo sexo, familias monoparentales, familias reconstituidas con hijos de relaciones anteriores o transnacionales y aumento considerable de un modelo familiar al margen de toda forma matrimonial, uniones de hecho o parejas del mismo sexo. Como elemento básico y central de todos estos cambios, la “cuestión familiar” deja de ser un asunto interno y se somete cada vez más al “control público y social”.

El Anteproyecto de Ley de Familias, que aprobó el Consejo de Ministros en diciembre de 2022, adecua el ordenamiento jurídico a nuestras obligaciones internacionales como país, pero también a las transformaciones demográficas y sociales que se han producido en las últimas décadas; el avance del feminismo, el reconocimiento de los derechos LGTBI o la creciente demanda de cuidados por el progresivo envejecimiento de la población constituyen cambios significativos que ponen de manifiesto nuevas demandas a las que el legislador debe dar respuesta.

El texto se articula en torno a cuatro pilares principales: la ampliación de la protección social a las familias y el apoyo a la crianza, el pleno reconocimiento jurídico de los distintos tipos de familias que ya existen en nuestro país, la identificación y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, como punto clave, objeto de este estudio, el avance en la garantía del derecho a la conciliación de intereses familiares y laborales<sup>1</sup> de todas las “personas trabajadoras”, entendido el término en su más amplio sentido. Y decimos esto porque estas políticas tienen como destinatarios a quienes presten sus servicios por cuenta ajena, sea cual sea el carácter público o privado del receptor de las mismas. De este modo, en el empleo público, funcionarios y personal laboral tienen reconocidos los derechos a la conciliación y corresponsabilidad, si bien, como es sabido, su concreción y regulación se lleva a cabo en términos similares pero no idénticos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Entre los valores fundamentales de la futura norma se hace mención expresa al “reconocimiento del derecho de conciliación corresponsable de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito familiar, y de la corresponsabilidad empresarial y social”. Y entre los principios rectores, también recogidos en el mismo precepto, se incluye el de la perspectiva de género, de tal manera que “Se promoverá la igualdad de trato y de oportunidades de las mujeres y los hombres en el acceso al mundo laboral y el reconocimiento y ejercicio de los derechos de conciliación y en el disfrute corresponsable de los mismos en la asunción de las tareas familiares, mediante actuaciones que faciliten la conciliación efectiva de la vida personal, familiar y laboral”.

<sup>2</sup> La aprobación del EBEP tuvo como uno de sus grandes objetivos establecer un marco normativo básico o común aplicable al conjunto de las personas empleadas en el sector público administrativo. A pesar de este propósito, no se ha logrado una plena equiparación de derechos. Recordemos los términos de la STS de 10 de julio de 2019 (rec.238/2017), que aclara como al personal laboral de las Administraciones Públicas le es de aplicación “los dos textos normativos de rango legal (ET y EBEP), siendo, obviamente, inocua, la duplicidad de regulación cuando las condiciones sean estrictamente coincidentes en ambos textos legales, más debiendo primar en otro caso las que resulte más

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN. EL MARCO REGULATORIO: UN REPASO A LOS ANTECEDENTES

La protección de la familia ocupa un papel fundamental en la preocupación de los poderes públicos, como se desprende de las numerosas referencias que a la misma se realizan en la CE, y que señalan las distintas perspectivas desde las que dicha protección debe ser acometida<sup>3</sup>. Asimismo, debemos tener en cuenta las recomendaciones que la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea han hecho a España en esta materia. Así ha sido, por ejemplo, las realizadas en los semestres europeos de 2019 y 2020 en las que se señaló la necesidad de mejorar el apoyo a las familias españolas. Además, es uno de los compromisos adquiridos como parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>4</sup>, concretamente, el hito 316, que se enmarca en el Componente 22 “Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión”, y persigue, entre otros objetivos, el reconocimiento jurídico de los diversos tipos de estructuras familiares existentes y la determinación de las prestaciones y los servicios a los que tienen derecho.

Siguiendo la línea de las políticas públicas, en la última década se han articulado diversos Planes cuya destinataria es la institución familiar. Su carácter integral y su vocación vertebradora hacen que en ellos se combinen medidas de claro perfil sociolaboral con otras que pretenden el apoyo y atención a las familias o el reconocimiento de derechos que inciden en el ámbito familiar. Estos Planes pretenden dar cumplimiento a la obligación que tiene la Administración de apoyar a la familia desarrollando políticas que faciliten su estabilidad, calidad de vida, autonomía y bienestar, eliminando en lo posible los obstáculos o dificultades que afecten directamente a las mismas. Las medidas emprendidas por el Gobierno inciden en materia de política fiscal y de rentas, prestaciones de Seguridad Social y, muy especialmente, en la conciliación de intereses profesionales y familiares, constituyéndose así en un eje estratégico de las políticas públicas sociolaborales. Prima, pues, la necesidad de buscar el equilibrio entre trabajo y familia a través de políticas sociolaborales reales y efectivas que disminuyan el impacto, que actualmente recae aún en el género femenino<sup>5</sup>, de conciliar las demandas de trabajo

---

favorable por mor, precisamente, del mandato del citado artículo 51 EBEP”.

<sup>3</sup> Sin duda, la alusión constitucional que refleja más claramente esta preocupación es la contenida en el artículo 39.1 CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Se han de guardar, pues, los diversos frentes en los que la institución familiar desempeña un papel como tal, como base de la sociedad, como núcleo económico, como centro de interrelaciones jurídicas, etc. En determinados preceptos constitucionales se mencionan directa o indirectamente cuestiones específicas perfectamente incardinables en esta política general de protección a la familia. El artículo 18 CE garantiza el derecho a la intimidad familiar; el artículo 35 CE reconoce a todos los españoles el derecho a una remuneración por su trabajo que sea suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Podemos citar también referencias a las relaciones interpersonales que se desarrollan en el seno de una familia y, por tanto, en las que esta última se estructura. Desde este punto de vista, cabe traer a colación los artículos 39.3 CE (referido a la asistencia que los padres deben prestar a sus hijos), 27 (sobre el derecho de los padres a ofrecer a sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones) o el artículo 32 (que alude al matrimonio y a su regulación legal).

<sup>4</sup> Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

<sup>5</sup> Muy interesante, la STC 79/2020, de 2 de julio (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020), sobre el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos. La sentencia reconoce como derechos asociados a la maternidad, “que responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora”, el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal; y subraya que “la discriminación por razón de sexo no sólo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de esos derechos asociados a la maternidad, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le cause un perjuicio efectivo y constatable que consista en un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo, o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas

asalariado y las responsabilidades familiares, incidentes de forma directa en la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres<sup>6</sup>.

En este sentido, “el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar”<sup>7</sup>. Como dato, las demandas laborales que interesan adaptación o reducción de jornada siguen estando feminizadas en un alto porcentaje<sup>8</sup>. Esta circunstancia exige marcar el camino hacia la corresponsabilidad personal y laboral en el cuidado de los hijos como punto de partida para la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones de trabajo<sup>9</sup>. Muestra evidente la encontramos en la futura Ley de Familias que, entre otros objetivos, trata de responder a las recomendaciones reiteradas de la Comisión Europea para mejorar el apoyo a las familias de nuestro país y avanzar en políticas de conciliación.

### **3. LA SALVAGUARDA DE INTERESES FAMILIARES Y EL MOMENTO DE LA CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS PRESTADORAS DE SERVICIOS: VISIÓN RETROSPECTIVA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Las normas reguladoras del trabajo por cuenta ajena, ya sea en el ámbito privado o en el público, se refieren a la familia mediante el reconocimiento de facultades o derechos a las personas prestadoras de servicios que, en definitiva, no pretenden sino coadyuvar a la conciliación de la vida laboral y familiar. La ley las contempla como miembros de la unidad familiar y como parte de la relación jurídica que implica el desarrollo de su actividad laboral, convirtiéndolas en titulares de derechos y obligaciones, siendo los poderes públicos los que deben arbitrar mecanismos que permitan conciliar los intereses protegidos constitucionalmente.

En el Derecho de la Unión Europea, la necesidad de promover la conciliación de la vida familiar y laboral forma parte desde hace tiempo de los objetivos comunitarios incorporados a los distintos textos normativos y a los programas relativos a las políticas de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres. La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000), en su artículo 33, establece que “con el fin de poder conciliar la vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier

---

económicas o profesionales en la relación laboral, por la exclusiva razón del ejercicio previo de ese derecho”.

<sup>6</sup> No olvidemos que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo comprende la discriminación directa, sino también la discriminación indirecta, es decir, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de uno determinado.

<sup>7</sup> Considerando 11 de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019 de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de progenitores y cuidadores.

<sup>8</sup> En este punto, traemos a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2020 (recurso 190/2018) al subrayar que “el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación”, resultando ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades “la atribución del beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas”.

<sup>9</sup> Al respecto, el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, fijando una cláusula que establece que “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”.

despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño” y en las Directivas para el empleo más recientes se reconoce que “una mejor conciliación del trabajo y la vida familiar es de vital importancia para que hombres y mujeres accedan y se mantengan en el mercado laboral”.

Los instrumentos fundamentales que en este ámbito aprobó el Consejo fueron la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1989, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de la salud en el trabajo de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, que derogó la 96/34/CEE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental.

Posteriormente, el Consejo adoptó la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de progenitores y cuidadores, derogando la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y con claros objetivos tendentes a aumentar el número de mujeres que se incorporan al mercado laboral y la frecuencia con la que los hombres se acogen a permisos relacionados con la familia y a fórmulas de trabajo flexible. La Directiva se asienta en los principios de igualdad de género y de equilibrio entre vida familiar y vida profesional, que se reafirman en los principios 2 y 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Es, asimismo, fruto de la evolución de la propia Unión Europea en el contenido y alcance de los derechos de conciliación, siendo la tercera de las directivas sobre esta materia<sup>10</sup>.

Con su aprobación, la conciliación de responsabilidades pasa a un lugar central. El propio título ya ilustra el nuevo contenido, que va más allá del establecimiento de permisos y otorga una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo, introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad. Se establece, así, un nuevo marco que requiere seguridad en el conocimiento y en el ejercicio de los derechos sobre el tiempo de trabajo relacionados con los derechos de cuidado de menores y dependientes. El objetivo es dar respuesta a una realidad social concreta, eliminando cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes, en pro de unas relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo.

Como aspectos destacables, la Directiva dispone que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores y cuidado de dependientes y mayores, y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable, garantizando, en su caso, el carácter intransferible y retribuido de determinadas interrupciones de la actividad laboral. Sin duda, sus previsiones enriquecen la normativa vigente sobre conciliación y, en particular, las mejoras y aportaciones del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, superando los

---

<sup>10</sup> Su antecedente remoto fue la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, una directiva sobre permisos parentales que se basaba tan sólo en la configuración de derechos de ausencia de las personas con responsabilidades de cuidado y que ni reflejaba las consecuencias de género de las cuestiones de cuidado ni, en consecuencia, preveía medios efectivos para promover la corresponsabilidad. Este camino sería iniciado con la siguiente directiva sobre la materia, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

tópicos de la doble jornada femenina o los largos permisos, en pro de las fórmulas de trabajo flexible y acotamiento de las ausencias laborales.

## 4. POLÍTICAS RECIENTES DE PROTECCIÓN FAMILIAR

### 4.1. El Anteproyecto de Ley de Familias y su repercusión en los derechos de conciliación

Nuestro ordenamiento jurídico ha ido adoptando, a través de sucesivas reformas legales, disposiciones tendentes a conseguir tal reorientación. De este modo, se han producido avances importantes, incluyéndose innovaciones a un sistema de figuras jurídicas que ya existían en torno a la conciliación, pero que van a incidir, sobre todo, en materia de tiempo, al rescatar del empleado en el trabajo periodos más o menos cortos para dedicar a cuestiones familiares. Sin duda, aunque las normas laborales empiezan a ser sensibles a las nuevas realidades, en general, hasta el momento, ha primado el vínculo formal sobre la convivencia habitual y la dependencia económica. No obstante, en consonancia con las nuevas realidades sociales, empieza a ser relevante para el legislador la circunstancia de que el ejercicio efectivo de ciertas responsabilidades familiares se lleva cabo por personas que no ostentan la condición de familiares o parientes (por ejemplo, el cónyuge del progenitor) o por quienes teniendo esa condición no son aquellos a los que la ley atribuye el ejercicio (así, abuelos o tíos).

El Anteproyecto de Ley de Familias<sup>11</sup> es la prueba palpable. Aprobado en Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2022, responde a los compromisos internacionales de España. Atendiendo al tenor del texto publicado, la venidera Ley tiene la finalidad de transponer al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1158, con el objetivo de avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del reconocimiento efectivo del derecho de conciliación como parte del elenco de derechos básicos de toda persona trabajadora. Debemos destacar las numerosas modificaciones que se proponen introducir en diversos textos legales<sup>12</sup> no sólo para incorporar al ordenamiento jurídico interno

---

<sup>11</sup> El Ejecutivo acordó la tramitación administrativa urgente del Anteproyecto, conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, de forma que quedan reducidos a la mitad los plazos previstos para los trámites del procedimiento de elaboración, no será necesaria la consulta pública y el procedimiento podrá continuar si los informes preceptivos no se emiten en plazo.

<sup>12</sup> Sin ánimo de exhaustividad, se modifica la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, a fin de ampliar, incluyendo tanto al cónyuge como a las parejas de hecho registradas, los supuestos en que es posible beneficiarse del derecho a la excedencia por agrupación familiar y por cuidados familiares, en términos que no contempla la actual normativa militar; se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, de forma acorde con las modificaciones llevadas a cabo en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, a fin de reconocer determinados supuestos de prestación por parto, adopción o acogimiento familiar permanente o temporal o guarda con fines de adopción múltiples, haciendo extensibles dichos supuestos al ámbito de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas; se modifica el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, con el objetivo de igualar los derechos y deberes de la pareja de hecho con los de los cónyuges. Asimismo, se modifican diversos aspectos de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a fin de dar nueva regulación a las deducciones por maternidad, ampliando sus potenciales beneficiarias, apostando por la protección económica a la crianza. Por otro lado, se modifica la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, cumpliendo así el mandato legal contenido en la disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia; se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a fin de posibilitar la extensión de las bonificaciones en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles que se prevean para familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza a otros casos equiparados; se modifica la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 para que, con

la Directiva reseñada, sino también para adaptar la normativa laboral a los cambios introducidos en el concepto de familia, y para ampliar, o concretar mucho más, algunos de los derechos ya reconocidos en materia de conciliación y corresponsabilidad de la vida laboral, profesional, familiar y personal. Debemos hacer hincapié en que la conciliación de intereses familiares y profesionales encuentra su incardinación absoluta como derecho fundamental, por lo que la dimensión constitucional de las medidas normativas implementadas, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pudiera suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar<sup>13</sup>.

No podemos obviar, y así se expone en el propio texto del Anteproyecto, que el conjunto de derechos reconocidos por la Directiva se superpone a unos sistemas normativos internos que han ido construyendo reglas al servicio de la conciliación entre la vida laboral y familiar de carácter diverso y complejo por razón de su disfrute, de su duración o de su propia naturaleza jurídica. Se adoptan, pues, aquellos cambios que se consideran imprescindibles y se atiende a la denominada “cláusula pasarela” que permite que los Estados miembros puedan tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionado con la familia a que pueda acogerse la persona trabajadora en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la citada directiva, siempre que se respeten los requisitos mínimos para los permisos que recoge y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores.

En el ámbito que ahora nos interesa, debemos centrar nuestro análisis en las modificaciones incidentes en dos textos legales que constituyen la base de la regulación de las relaciones de trabajo de los empleados públicos, ya se trate de personal laboral o funcionario. Fundamentalmente, por un lado, hay que prestar especial atención a las modificaciones para la conciliación de intereses introducidas en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), que responden a un doble propósito: evitar penalizar o duplicar los sistemas de protección en caso de crianza y cuidado de mayores y/o dependientes e introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles. Por otro lado, a la reforma del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), que amplía la duración de los permisos vinculados al nacimiento, adopción, acogimiento de menores, en paralelo a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, entre otros aspectos. Antes de entrar a analizar los futuros cambios en torno a la conciliación y corresponsabilidad que, en caso de mantenerse tras los trámites parlamentarios pertinentes, se llevarían a cabo, conviene delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de ambos textos legales en esta materia.

---

cargo al Fondo que actualmente garantiza el pago de alimentos a los hijos e hijas menores de edad, se incluyan también otros supuestos protegidos, como son los hijos mayores de edad con discapacidad o en situación de dependencia. En el mismo sentido, se modifica el Real Decreto 1618/2007 sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, con el objetivo de adecuar el texto a lo establecido en la presente ley, además de flexibilizar las condiciones de acceso para potenciar el carácter protector del Fondo.

<sup>13</sup> Véanse, las reflexiones de SERRANO ESPINOSA, G.M.: “Conciliación, sí; pero mejor corresponsabilidad” Diario La Ley, 2021. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/07/13/conciliacion-si-pero-mejor-corresponsabilidad>, en relación al trabajo de los jueces en supuestos de reducción de la jornada y/o adaptación de la misma.



#### 4.2. Aclaraciones sobre el ámbito de aplicación del EBEP y del ET en el empleo público

El artículo 14 EBEP, relativo a los derechos individuales, conferidos, aparentemente, a todas las personas con un empleo público, inmediatamente condiciona su reconocimiento a “la naturaleza jurídica de su relación de servicio”. Así pues, la regulación prevista en el EBEP se aplica al personal funcionario y, en algunos casos, al personal laboral. De este modo, y atendiendo al artículo 51 EBEP, en materia de permisos del personal laboral se estará a lo establecido en el propio EBEP y en la legislación laboral correspondiente, sin establecer un criterio de aplicación preferente entre la legislación laboral y la administrativa. No obstante, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 EBEP y en la Disposición Adicional 22<sup>a</sup> ET, en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, será de aplicación a dicho personal laboral de la Administración pública el EBEP y, con relación al resto de los permisos, se aplicará la normativa que resulte más favorable en su conjunto<sup>14</sup>. En este último ámbito la doble regulación da lugar a un sistema “complementario” que trata de garantizar los mínimos impuestos por ambas legislaciones, sin que ello implique, como deja sentado la Jurisprudencia<sup>15</sup>, la acumulación de permisos fijados para el mismo supuesto, pues de lo que se trata es de alcanzar el resultado mínimo de la legislación integrada por el EBEP y por las normas laborales, pero no de sumar una y otra cuando incidan sobre un mismo derecho.

Si delimitamos el campo material de regulación<sup>16</sup>, en materia de tiempo de trabajo, destacan los derechos reconocidos en el artículo 14, letras j) y m), del EBEP, que pretenden garantizar el descanso necesario y la conciliación de la vida personal, laboral y familiar en el empleo público. La concreción de los mismos tiene lugar a lo largo de los seis preceptos que integran el capítulo V del mismo texto legal, que lleva por título “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, y cuyas disposiciones, a excepción del artículo 51, se dirigen, en principio, al personal funcionario. De este modo, el EBEP regula de forma separada los permisos del personal funcionario y del personal laboral, disponiendo cada uno de estos colectivos de su propia regulación. Para los primeros son de aplicación los artículos 48, “Permisos de los funcionarios públicos”, dentro de los cuales encontramos varios que también tienen conexión con la conciliación y la atención de asuntos familiares, y 49, “Permisos por motivos de conciliación de la vida laboral y personal, por razón de violencia de género, y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos”, debiendo aclarar que los del artículo 48 se aplican al personal funcionario sólo en defecto de legislación aplicable, mientras que los incluidos en el artículo 49 del EBEP tienen el carácter de “condiciones mínimas”, mejorables, por tanto, por leyes de desarrollo estatal o autonómicas y por normas reglamentarias o por negociación colectiva. Para el personal

<sup>14</sup> SSTs de 26 de noviembre de 2010 (rec.41/2010) y de 14 de junio de 2010 (rec.62/2009). Posteriormente, STS de 10 de julio de 2019 (rec.238/2017), aclarando que al personal laboral de las Administraciones Públicas le es de aplicación “los dos textos normativos de rango legal (ET y EBEP), siendo, obviamente, inocua, la duplicidad de regulación cuando las condiciones sean estrictamente coincidentes en ambos textos legales, más debiendo primar en otro caso la que resulte más favorable por mor, precisamente, del mandato del citado artículo 51 EBEP”. Ya se había pronunciado antes el Supremo, en su sentencia de 8 de junio de 2009 (rec.67/2008) en la que se especificaba como “existe una regulación completa en el convenio... y otra, también completa en el EBEP, de forma que la superposición simultánea de dos fuentes de derecho debe resolverse ex artículo 3.3 ET, en virtud del principio de norma más favorable apreciada en su conjunto y cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables”, sin que quepa el espiguelo normativo, que rompe la indivisibilidad interna del precepto, ya sea ley o convenio, anulando su equilibrio interno.

<sup>15</sup> SSTs de 29 de junio de 2010 (rec.111/2009) y de 13 de febrero de 2019 (rec.240/2017).

<sup>16</sup> Véase, el estudio de GARCÍA ROMERO, M.B. (2021) Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 458, 19-52.

laboral será de aplicación el artículo 51, con las matizaciones ya hechas sobre el criterio de aplicación preferente entre la legislación laboral y la administrativa<sup>17</sup>.

## **5. REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES MÁS RELEVANTES DEL EBEP Y DEL ET EN MATERIA DE CONCILIACIÓN**

El rol social asignado tradicionalmente a las mujeres conlleva a que muchas de las medidas adoptadas en materia de protección a la familia compartan la finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres a través del fomento del efectivo equilibrio en el reparto de responsabilidades y la conciliación de intereses familiares y laborales. A la hora de diferenciar las figuras que configuran el panorama normativo de la conciliación de intereses podemos clasificarlas en cuatro grandes grupos: a) Protección a la maternidad biológica, b) Protección a la institución familiar en situaciones especiales, c) Incentivos para la contratación o conservación del empleo de trabajadores con responsabilidades familiares y d) Conciliación propiamente dicha.

Dentro de cada uno de estos grupos, las diferentes medidas pueden concretarse a través de diversos instrumentos dependiendo del fin directo que persigan y a quienes vayan dirigidas. De este modo, podemos distinguir figuras jurídico-laborales, entre las que se encuentran: permisos retribuidos o licencias –previo aviso y justificación y sin pérdida de retribución– para poder atender puntuales necesidades familiares, suspensiones contractuales, reducciones de jornada y prestaciones de la Seguridad Social o medidas de asunción de gasto público directo (transferencias monetarias o en especie) o indirecto (gastos fiscales) y la promoción de iniciativas mediante la puesta en marcha en los lugares de trabajo de programas para armonizar trabajo y familia.

La futura Ley de Familias regula medidas relativas al “apoyo en la crianza y cuidado, la conciliación y corresponsabilidad”, debiendo destacar ahora el apartado dedicado al empleo y responsabilidades familiares, que insta a las Administraciones Públicas a “fomentar las actuaciones necesarias para que las personas, en particular las mujeres, no se vean obligadas a abandonar sus trabajos, ni sus carreras profesionales por razones de cuidado y a promover actuaciones de sensibilización y fomento del reparto corresponsable de estos derechos”. Igualmente, debemos prestar atención a las previsiones sobre la racionalización de los horarios, “horarios racionales y flexibles, que puedan contribuir a favorecer la conciliación y la corresponsabilidad de la vida personal, laboral y familiar, tanto en el sector público como en el privado” y las medidas de sensibilización y fomento de la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres, con el fin de que todas las personas puedan atender sus responsabilidades familiares, progresar profesionalmente y desarrollarse en todos los ámbitos vitales<sup>18</sup>.

Indagando en las modificaciones contempladas, la futura Ley reforma el EBEP de forma que, para los empleados públicos, se amplía la duración de los permisos vinculados al nacimiento, adopción, acogimiento de menores en paralelo a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y se introducen cambios en los apartados a) y l) del artículo 48-

---

<sup>17</sup> Véase, además, Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos con previsión en su apartado 8 de “Medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral”.

<sup>18</sup> En este sentido, véanse los “Principios en materia de conciliación entre la vida familiar y profesional y corresponsabilidad”, ubicados en el artículo 11 del Anteproyecto de Ley.

aplicables al personal funcionario y al laboral si le resulta más favorable- sobre permisos en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica, incrementando la duración de los mismos y la relación familiar y/o afectiva que permite el reconocimiento y disfrute del derecho, con mención expresa a la pareja de hecho cuando se hace referencia al permiso de 15 días del art. 48 l).

Asimismo, se modifican los apartados a, b), y e) del artículo 49, que, actuando como normas mínimas, susceptibles, por ende, de mejora, se aplican al personal laboral y funcionario, añadiéndose, además, un nuevo apartado g).

En relación a las modificaciones en el apartado a), relativas al “permiso por nacimiento”, se reconoce que la ampliación en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo o hija y, por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple será una para cada uno de los progenitores o para su uso completo si hubiese una única persona progenitora. Se incluye, además, la aclaración de que el disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la Administración con una antelación mínima de quince días. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto<sup>19</sup>.

En el caso de que ambos progenitores trabajen, las semanas que excedan del período de suspensión obligatorio se podrán disfrutar en períodos semanales, interrumpidamente o -como novedad- de forma acumulada, en ambos casos dentro de los doce meses siguientes al nacimiento<sup>20</sup>.

Con respecto al apartado b) del citado artículo 49 “permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento tanto temporal como permanente, la modificación se hace en el mismo sentido que en el supuesto del nacimiento, esto es, se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo o hija, a partir del segundo, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, una para cada uno de los progenitores, reconociéndolo además a tutores, o acogedores, o para su uso completo por parte de una única persona adoptante, tutora o acogedora.

Se incluye, además, una previsión, muy necesaria a nuestro parecer, que venía siendo objeto de reivindicaciones desde hace años. De este modo, en los supuestos de adopción internacional se ajustará el cómputo de la duración del permiso para que se inicie tomando como referencia el momento en que llega la persona menor de edad al hogar familiar, si resultase ser más favorable que el momento de la resolución por la que se constituye la adopción.

En el apartado e), sobre permiso por cuidado de hijo/a menor afectado/a por cáncer u otra enfermedad grave menor, se consideran destinatarias de estos cuidados, y por tanto generadoras del derecho al disfrute de estos permisos, a las personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65 por ciento, hasta los 26 años.

---

<sup>19</sup> Se introduce una modificación en el artículo 48.4 ET, de manera que el otro progenitor pueda anticipar en diez días el comienzo del disfrute del permiso. Esta flexibilidad, que resulta coherente con el objeto de cuidado de la madre biológica durante este periodo, no se prevé en el EBEP por lo que, atendiendo al texto del Anteproyecto, no será de aplicación al empleado público.

<sup>20</sup> Por una obvia cuestión de tiempos, el texto del Anteproyecto, aprobado en diciembre de 2022, no menciona el párrafo final de la letra a) del artículo 49, introducido por el apartado tres de la disposición final decimosexta de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que aclara que el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes.

Finalmente, se añade un apartado g) regulador del permiso parental para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla 8 años, de ocho semanas de duración, continuas o discontinuas, que podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan<sup>21</sup> y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan; corresponderá a la persona progenitora, adoptante o acogedora, especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la Administración con una antelación de quince días y realizándose por semanas completas. Se añade una disposición transitoria (décima) para la aplicación progresiva de este permiso; de tal forma, en 2023 la duración del mismo será de seis semanas y en 2024 se incrementará a ocho<sup>22</sup>.

Como aspecto esencial a tener en cuenta, la matización realizada en el apartado 2 del artículo 57, que incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de las previsiones antedichas a la pareja de hecho registrada como tal en un registro público<sup>23</sup>. En el mismo sentido, se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 89<sup>24</sup>, sobre excedencia voluntaria por agrupación familiar y excedencia para el cuidado de hijo/a o familiar, respectivamente, incluyendo en su redacción a la pareja de hecho, junto al cónyuge. En relación a esta última- excedencia por cuidado de familiar- se especifica, además, que la relación que une a los beneficiarios con su pareja de hecho se considerará como un vínculo de parentesco por afinidad y dará derecho a obtener la excedencia para la atención de familiares en las mismas condiciones que en el supuesto de existencia de vínculo matrimonial. Nos llama la atención que en el texto del Anteproyecto no aparece la referencia a la relación de afinidad como generadora del derecho al cuidado de familiar (a diferencia de lo regulado en el texto vigente), cónyuge o pareja de hecho; desconocemos si la eliminación del término ha sido un olvido del legislador o lo ha hecho de forma consciente para limitar, y delimitar, el derecho al disfrute en estos casos de cuidados por relación de afinidad, en las que suele ser la mujer la que hace uso del derecho; como veremos más adelante, en las modificaciones propuestas en el ET., sí que se reconoce el derecho en ambos casos, pero con limitaciones en los supuestos de relaciones no consanguíneas.

Finalmente, es importante destacar los cambios incluidos por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que en este ámbito, introduce un apartado 5 en el artículo 89, destinado a las funcionarias víctimas de violencia de género, a las que se les reconoce el derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado

---

<sup>21</sup> La propia norma aclara en este punto que “cuando concurren en ambas personas progenitoras, adoptantes, o acogedoras, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la entidad de la administración en la que ambas presten servicios, esta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible”.

<sup>22</sup> En sentido idéntico se incluye en el ET una Disposición transitoria decimoquinta sobre aplicación progresiva de la duración del permiso parental establecido en el artículo 48 bis.

<sup>23</sup> Con carácter general, nuestros Tribunales han venido denegando el disfrute de estos permisos a las parejas de hecho, entendiendo que la regulación de los mismos hace referencia exclusivamente al matrimonio, sin que la situación de pareja de hecho resulte equiparable, si no existe regulación convencional que equipare ambas situaciones. Véase, al respecto el auto del TC de 12 de febrero de 2019 (Rec. Amparo 5383/2018) y, con respecto al personal laboral, por todas, STS de 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018) que establece que “no cabe extender el permiso por matrimonio regulado en el convenio colectivo a las trabajadoras y trabajadores que constituyan parejas de hecho o a los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género distinto al de las uniones matrimoniales, ya que no aparece recogido en el convenio, sin que se vulnere el artículo 14 CE”.

<sup>24</sup> Recordemos que el artículo 89.1 ha sido redactado por el apartado ocho de la disposición final decimosesta de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, reconociendo el derecho a la excedencia *por razón de violencia de género*.

un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma<sup>25</sup>.

Por otra parte, y en cuanto son de aplicación al empleado público laboral, resulta de interés repasar los cambios previstos en el ET, que acontecen en línea similar a lo previsto en el EBEP.

En general, se aprecia que las modificaciones incluidas en los distintos apartados del texto estatutario suponen la transposición de lo previsto en la Directiva (UE) 2019/1158. De este modo, con la finalidad de dar cumplimiento al artículo 11 de la misma, que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación, se modifica el artículo 4.2 ET, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo<sup>26</sup>.

En particular, atendiendo a las previsiones del artículo 9 de la Directiva, en relación a las fórmulas de trabajo flexible, se operan modificaciones en el artículo 34.8, sobre derecho a la adaptación de jornada<sup>27</sup>, reconociendo el derecho a las personas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

Las modificaciones en el apartado 3 del artículo 37 tienen la finalidad de reconocer otras formas de convivencia de manera similar a como se amplía el ámbito subjetivo en la Directiva, transponiendo, así, al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en su artículo 6. Con tal fin, se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo (“... así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores –cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad– que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”). El precepto se completa para incluir en la cobertura a la pareja de hecho, tal y como se hace en el EBEP. Se introduce, además, una nueva letra b bis) para separar de estos permisos por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica, el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o

---

<sup>25</sup> El número 5 del artículo 89 redactado por el apartado ocho de la disposición final decimosexta de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, con vigencia de 2 de marzo de 2023, prevé que “Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este período por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima. Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo”.

<sup>26</sup> Esta formulación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

<sup>27</sup> Este precepto ya se modificó por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, a efectos de incrementar el ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo.

parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, y justifica la nueva distribución sistemática.

Por su parte, el artículo 7 de la Directiva requiere que los Estados miembros establezcan permisos en aquellos casos de fuerza mayor familiar que requieran la presencia de la persona trabajadora. Se introduce, de este modo, para dar cumplimiento a lo establecido, un nuevo artículo 37.9 que contempla el derecho de las personas trabajadoras a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata, estableciéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.

No hay que olvidar que el artículo 5.5 de la Directiva establece que debe motivarse el aplazamiento del disfrute de los permisos parentales cuando el ejercicio de los mismos en el período solicitado altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, debiendo justificarlo por escrito. Es por ello por lo que se modifican los artículos 37.4<sup>28</sup> y 6 y 46.3 ET para que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute de ambas personas progenitoras de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia, la empresa aporte un plan de disfrute alternativo, si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias del citado precepto.

También, como se ha apuntado, se modifican los artículos 37.6 y 46.3 para, en este caso, matizar el derecho a la reducción de jornada y excedencia para cuidado de dependientes por afinidad. Así, se establece que “tendrá derecho a la excedencia en atención a las mismas circunstancias y con el mismo alcance quien precise encargarse del cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguineidad hasta el segundo grado del sujeto causante que pudieran acceder a la excedencia descrita en el inciso anterior”, matización que, sin embargo, atendiendo al texto del Anteproyecto, no aparece reflejada en el EBEP.

La corrección es, sin duda, necesaria para fomentar la corresponsabilidad en el cuidado familiar y ello porque, a diferencia de los permisos contemplados en el artículo 37.3 b)<sup>29</sup> de corta duración y para situaciones excepcionales, el reconocimiento de estos derechos, que van conectados a periodos mucho más largos en los que la persona sufre perjuicios en sus ingresos y también en sus expectativas profesionales, y dado que suele ser más frecuente que sean las mujeres las que acceden a estas situaciones, debe tener una regulación que evite la perpetuación de roles y que promueva la corresponsabilidad, siendo congruente, en consecuencia, la limitación, en principio, del derecho a la reducción de jornada y a la excedencia al cuidado de los familiares por consanguinidad, sin que esto suponga un retroceso en el nivel general de protección, estando en consonancia con los objetivos de la Directiva 2019/1158 en torno a la igualdad y a la mayor utilización de los permisos por parte de los trabajadores varones.

---

<sup>28</sup> Al empleado público laboral no se le aplica la regulación contenida en el artículo 37.4 del ET., sobre derecho de ausencia al trabajo por lactancia, que se regirá por lo previsto en el artículo 48 f) del EBEP.

<sup>29</sup> Atendiendo al sentido común, estos permisos, por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, por ser de corta duración y por referirse a situaciones excepcionales que implican cierta gravedad o urgencia, procede reconocerlos tanto a familiares consanguíneos o afines, dado que en estos casos se debe favorecer que el cuidado se extienda y se reparta entre el máximo número posible de personas.

Para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 5 y 8 de la Directiva, se regula, a través de la introducción de un nuevo artículo 48 bis en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, un permiso parental específico que se ocupa del cuidado de los hijos e hijas, o de los menores acogidos por más de un año, y hasta la edad de 8 años. Aunque el artículo no es de aplicación al empleado público laboral, que se rige por lo dispuesto en el EBEP en esta materia, la regulación del mismo se ha previsto también en este último mediante la inclusión del apartado g) en el artículo 49, como ya reseñamos.

Debemos mencionar también las modificaciones que afectan a los artículos 53.4 y 55.5 ET para asegurar el pleno ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Directiva, en lo relativo a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación. La nueva redacción recoge entre las causas de nulidad el despido por el ejercicio de todos los derechos de conciliación reconocidos, incluyendo los nuevos.

Por último, en ambos textos legales, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, especifica que el término de madre biológica (empleada pública o laboral) incluye también a las personas trans gestantes.

## 6. COLOFÓN

*Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.* (Nelson Mandela).

Para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar, profesional y laboral, de acuerdo con la normativa específica aplicable a todas las personas trabajadoras, y a ejercer de forma corresponsable estos derechos, las Administraciones Públicas competentes deben establecer e impulsar la adopción de medidas específicas que permitan la conciliación y promuevan la corresponsabilidad, tanto en el ámbito público como en el privado, garantizando las mismas oportunidades para las mujeres y los hombres con el fin de que todas las personas puedan atender sus responsabilidades familiares, progresar profesionalmente y desarrollarse en todos los ámbitos vitales, apostando por la adopción de medidas de sensibilización y fomento de la igualdad y la corresponsabilidad familiar.

La Futura Ley de Familias, ejemplo de política diseñada e implementada para la consecución de estos fines, coadyuva a avanzar en el reconocimiento y consolidación de estos derechos concebidos como instrumentos fundamentados en la dignidad humana que permiten a las personas alcanzar su plena autorrealización, trazando un camino que, afortunadamente, ya no tiene vuelta atrás.

**CONSECUENCIAS DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL  
IRREGULAR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. A PROPÓSITO DE LA  
JURISPRUDENCIA DEL TS: DESDE EL INDEFINIDO NO FIJO AL FIJO**

ANTONIO COSTA REYES

*T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. MARCO Y CONTEXTO DE LA CUESTIÓN
2. LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO COMO SOLUCIÓN ANTE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR SUSTANCIAL. SU CUESTIONABLE ADECUACIÓN Y SUFICIENCIA A LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DERIVADAS DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA
3. LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR QUE SUPERÓ (SIN PLAZA) UN PROCESOS SELECTIVO
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA



## 1. MARCO Y CONTEXTO DE LA CUESTIÓN

Comenzaré agradeciendo la oportunidad de escribir estas líneas en homenaje a Pedro Gómez Caballero con ocasión de su jubilación, igualmente, porque me permite dejarle por escrito mi reconocimiento a las muchas cosas que he podido aprender de él, particularmente, por su *auctoritas* en una materia como la del empleo público. Esa suerte de ser compañero suyo me posibilitó múltiples conversaciones informales -entre pasillos, tomando un café o, como ahora me viene a la cabeza, de vuelta de algún viaje tras asistir a un Congreso-, en las que poder compartir con él reflexiones sobre tan complejo tema y encontrarme con alguna de esas frases suyas donde se concentraba ese cúmulo de saber y perspectiva que le permitía su trabajo como académico y sus responsabilidades como gestor público. Entre todas ellas, le recuerdo comentándome, con ese tono campechano que se esconde tras su aparente seriedad, que, en demasiadas ocasiones, los problemas del empleo público se explican en gran medida tanto en una normativa administrativa en exceso compleja y desfasada, poco amiga de las exigencias y el dinamismo que reclama la gestión de personal en la actualidad y, por ello, incumplida sistemáticamente, como en que la Administración es “*un cortijo sin amo*”, donde nadie responde por tal incumplimiento, porque esa desidia tampoco tiene consecuencia alguna.

Ambas cosas, a mi entender, se evidencian en la insostenible situación de la contratación temporal en la Administración, donde la pasividad del legislador y una inicial permisividad más que generosa de nuestros tribunales, favoreció una actuación irregular en esta materia (sea en términos de fraude o de abuso) a la que, hasta hace pocos años, nos habíamos acostumbrado. Sin embargo, que sea un fenómeno que llevase años instalado en nuestro ordenamiento, no dejaba de producir “perplejidad” por lo que de incoherente tiene respecto a los propios objetivos de servicio público (FALGUERA BARÓ, 2022: 85)<sup>1</sup>.

Es evidente que la ausencia de una actuación decidida y contundente sobre el tema por parte del legislador ha implicado un excesivo protagonismo de los tribunales, también por lo que de correcciones dentro de la tutela multinivel está suponiendo el TJUE, al punto de poder afirmarse que el ámbito comunitario ha sido el detonante de que nuestra situación no admita más demora y, con ello, que se exija a nuestro Derecho interno, y a su interpretación judicial, un verdadero replanteamiento (CASAS BAAMONDE, 2021).

Como sabemos, frente a tal pasividad del legislador, la jurisprudencia ha pretendido salvaguardar -los principios de acceso- al empleo público de las consecuencias que en el ámbito privado se derivan de la contratación temporal irregular sustantiva. No obstante, y pese a ese ímprobo y plausible esfuerzo de nuestro Alto Tribunal, creemos, como pretendemos poner de manifiesto aquí, que en algunas ocasiones se empieza a percibir un exceso de celo por su parte, pues parece encerrarse en una especie de autorreferencia normativa interna que no atiende a las exigencias comunitarias.

No desconocemos que el legislador, al menos en apariencia, intentó hace años poner algunos límites a tales irregularidades sustantivas y abusos, pero con medidas tan laxas que pronto evidenciaron su insuficiencia para contener mínimamente el problema (*v.gr.*, arts. 10, 12 y 70 LEBEP 7/2007, o art. 9.5 y .3 *in fine* Ley 55/2003) –CASAS BAAMONDE, 2021: 7 y 10 y sgs.–. Y a nuestro entender, tampoco la más reciente normativa para la

---

<sup>1</sup> Y es que, pese a la “perplejidad” que esta situación dice provocarle también al Alto Tribunal (*v.gr.*, STS de 12/05/2022 (rec. 6712/2020), F.J. Cuarto.A), no debe desconocerse que también su doctrina, altamente permisiva en demasiados momentos con la temporalidad, ha contribuido a esta situación.

reducción de la temporalidad en el empleo público aprobada desde 2021 (RD-L 14/2021 y Ley 20/2021) ha afrontado de manera definitiva una solución, por lo que, a la postre, creemos que volverán a plantearse los problemas de irregularidades sustantivas en la contratación temporal y, con ello, el inadecuado protagonismo judicial en la construcción del régimen jurídico del llamado indefinido no fijo (INF). Ciertamente, no compartimos la afirmación (ROQUETA BUJ, 2023: 118 y sgs.) de que “el trabajador indefinido no fijo es una figura que desaparecerá de forma progresiva por la confluencia de (*las*) dos medidas complementarias previstas en las reformas de 2021”, a saber, de un lado, la “compensación” a la que se refiere la DA 17ª LEBEP para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal y, de otro, el “macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar la situación” de abuso de temporalidad (art. 2 Ley 20/2021) –donde también se contempla una “compensación” para el trabajador que venía ocupando una plaza que, tras el proceso extraordinario de cobertura al que se presentó, finalmente no obtiene–<sup>2</sup>.

Como sostenemos, esta medida –particularmente, por lo que ahora interesa, la primera–, no va a impedir que la figura del INF (y su problemático, por inexistente, régimen jurídico) se mantenga también a futuro, entre otras razones, porque esa regulación de urgencia no excluye la aplicación de la legislación laboral –tampoco se deduce de la misma en combinación con el art. 7 LEBEP– y, en particular, la consideración como indefinido que la misma prevé para los casos de incumplimiento de la normativa sobre contratación temporal (arts. 15 y 49.c LET–DA 15ª LET–).

En efecto, como podemos observar, dicha DA 17ª LEBEP solo contempla al respecto dos supuestas medidas: una, la nulidad de aquella medida que sea contraria a ajustarse a la vigencia máxima del contratado temporalmente y, dos, la referida “compensación”; pero en ambos casos, solo para uno de los múltiples supuestos por los que un contrato temporal irregular puede devenir indefinido (superar el plazo máximo de vigencia –BOLTAINA BOSCH, 2022a: 89–). En otras palabras, dicha DA 17ª LEBEP nada dice respecto del resto de causas por las que hasta ahora también podría declararse INF (v.gr., fraude o encadenamiento de contratos temporales –DA 15ª en relación al art 15.5 LET, GÓMEZ CABALLERO, 2022: 438-439–) o de otras situaciones en las que un trabajador podría terminar considerado como INF (v.gr., cesión ilegal)<sup>3</sup>. Es más, creemos que ni tan siquiera en el caso contemplado en tal DA 17ª LEBEP parece excluirse la aplicación de las consecuencias en el ámbito laboral de tal irregularidad, pues superado el plazo máximo de vigencia dicho precepto no impone la extinción automática de la relación laboral, por lo que el trabajador afectado continuará prestando sus servicios (como además se infiere del hecho de que la compensación por la extinción solo “nacerá a partir de la fecha del cese efectivo”, lo que presume que la relación no terminó al superarse tal vigencia)<sup>4</sup>. Junto a ello, que no puede deducirse de la DA 17ª LEBEP que el efecto sea otro, toda vez

<sup>2</sup> Sobre tal “macroproceso”, hay que recordar el “olvido” del legislador a la hora de incluir en INF en las normas sobre estabilización, pese a lo cual no parece que ello implique quienes así hubieran sido declarados, sobre el tema, TERRADILLOS ORMAETXEA, 2022 y ROQUETA BUJ, 2023. En todo caso, el propio Gobierno lo ha afirmado expresamente en la Resolución de la Secretaría de Estado de función pública sobre las orientaciones Para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (1.5) de 01/04/2022.

<sup>3</sup> Por todas, SSTs 17/09/2002 (rec. 3047/2001) y 08/02/2022 (rec. 5070/2018)

<sup>4</sup> Es de interés observar en este sentido que, respecto del personal laboral, ni tan siquiera existe una previsión similar a la del art. 10.4, 2ª LEBEP (funcionarios interinos), la cual pudiera hacer pensar en la existencia de una extinción “automática” al superarse el plazo de tres años. Dicho lo cual, este último precepto tampoco impone el cese automático al alcanzar ese plazo, sino que se limita a proclamar “el fin de la relación de interinidad”, lo cual no implica que el trabajador cesa en ese momento, pues de otro modo no se entiende que la DA 17ª LEBEP señale también en este caso que la “compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo”.

que la nulidad a la que la misma se refiere lo es solo respecto a “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria” que suponga el incumplimiento de esos plazos máximos (como pudiera ser reconocimiento por parte de la Administración del carácter INF de tal relación), mientras que la consideración como indefinido-fijo deriva de una disposición legal (LET). En consecuencia, si superada la vigencia máxima no hay causa que justifique la contratación temporal, la relación que el trabajador afectado mantiene entonces con la Administración no puede ser catalogada como tal, sino de indefinida (ex LET), o, como hasta ahora, de ese híbrido o tertium genus (no muy ajustado, dicho sea de paso, a la visión dicotómica temporal/fijo-indefinido puesta de manifiesto por el TJUE) que es el INF5.

Por tanto, concluimos, en cualesquiera supuestos que, conforme a la legislación laboral, la irregularidad en la contratación temporal implique su consideración como indefinido (también a nuestro modo de ver, para el caso de que el contrato se extendiera más allá de la vigencia máxima), la figura del INF seguirá manteniendo su total actualidad.

Pero no es objeto de este trabajo analizar la referida normativa de urgencia para la reducción de la temporalidad en el empleo público aprobada desde 2021 (RD-L 14/2021 y Ley 20/2021), sino, más limitadamente, constatar su insuficiencia y, con ello, afirmar que se mantienen las razones que justificaron el INF, para, precisamente por ello, analizar a la luz de las exigencias comunitarias algunas sentencias jurisprudenciales en torno a la misma que pretenden matizar y aclarar el distinto tratamiento que en ellas se da a las diversas situaciones de irregularidad sustancial en función de la propia situación del trabajador afectado cuando superó alguna prueba para el acceso al empleo público.

## **2. LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO COMO SOLUCIÓN ANTE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR SUSTANCIAL. SU CUESTIONABLE ADECUACIÓN Y SUFICIENCIA A LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DERIVADAS DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA**

Como sabemos, y no sin un largo, complejo y cambiante escenario judicial sobre el tema<sup>6</sup>, ha terminado asentándose en la práctica el denominado contrato INF, creación judicial que pretende resolver la aparente contradicción entre las consecuencias laborales ante tal ilicitud en la temporalidad (consideración como indefinido-fijo), y las reglas que rigen en materia de empleo en el sector público en general<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> De esta opinión, también, FALGUERA BARÓ, 2022: 99. Véase Voto particular de SEMPERE NAVARRO a la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020.

Recuérdese que, pese a la titubeante jurisprudencia inicial en esta materia, el TS (por todas, STS de 28/06/2021, rec 3263/2019), ha terminado por admitir la conversión automática a INF si se superarse el plazo máximo legal para la cobertura de la vacante (solución condicionada en gran medida por la doctrina del TJUE, particularmente, STJUE 03/06/2021, asunto C-726/19).

De opinión contraria, considerando que en este caso no cabe la calificación del INF, sino que la solución sería la extinción automática, ya que en este caso “se estaría describiendo una causa *ex lege* de ineficacia contractual sobrevvenida”; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2022: 61, 63 y 64. En esta línea, CIALTI, 2023, y con algunas dudas, TERRADILLOS ORMAETXEA, 2022: 442 y 443.

<sup>6</sup> Un resumen de los inicialmente diversos posicionamientos jurisprudenciales sobre las consecuencias del fraude en la contratación temporal en la Administración Pública; en CASTILLO PARDO/PEÑA OBIOL, 2001.

<sup>7</sup> Entre otras muchas, por reciente, STS 09 /09/ 2021, rec. 1313/2020. Sobre el tema, PÉREZ GUERRERO, 2022: 37 y sgs. Sobre la evolución jurisprudencial en la materia, *vid.* LLUCH CORELL, 2005. La artificiosidad de la

En este sentido, debe recordarse que la consecuencia de considerar como indefinido-fijo que reclama el ordenamiento laboral respecto a ciertos incumplimientos en materia de contratación temporal, no casa, *a priori*, con “interés general relevante” (ATC 124/2009) al que sirven los principios que deben presidir el acceso al empleo público (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE: igualdad, mérito y capacidad, concurrencia, etc.); o más acertadamente, de las normas ordinarias que lo regulan<sup>8</sup>. Ciertamente, “el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública”, como han hecho el art. 55 y la DA 1ª LEBEP (esta última, precisamente por remitirse al art. 55, ha ampliado el ámbito de aplicación de dichos principios no solo a las Administraciones públicas y a las entidades de derecho público sino que también a cualesquiera entidades del sector público), y sobre tal base normativa, “evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo (...). Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público (...)”<sup>9</sup>.

Subrayamos que, en origen, esta solución de nuestro Alto Tribunal no pretendía ajustar las situaciones de abuso de temporalidad en la AA.PP. a los aspectos afectantes a la Directiva 1999/70/CE, sino tan solo resolver la aparente contradicción señalada respecto a los principios que rigen el Derecho del trabajo y el administrativo (y, en su caso, constitucional). Se entiende así que el INF se utilizara como solución general a cualesquiera casos de incorporación de un trabajador a la plantilla de la Administración y demás entidades del sector público fuera de los procedimientos legalmente establecidos para la cobertura de plazas<sup>10</sup>.

En definitiva, con aquella jurisprudencia se da una solución distinta en el ámbito público y privado a estas irregularidades sustantivas en materia de contratación temporal, pues mientras que en éste la consecuencia sería la consideración de indefinido-fijo (*v.gr.*, art. 15.4 y .5, art. 43 LET), en aquél se prevé el referido INF. Dicha solución también podría ser acorde a la Directiva 1999/70/CE, por cuanto que la misma “no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público”, ni impone a los Estados miembros, una obligación general de transformar los contratos temporales

---

creación judicial de la diferencia del *indefinido* frente al *fijo* fue criticada desde sus orígenes, no sólo por la doctrina, sino en el propia sentencia, a través del correspondiente voto particular; MERCADER UGUINA, 1999: 149-151.

<sup>8</sup> STC 86/2004, de 10 de mayo.

<sup>9</sup> Entre otras muchas, SSTS (Pleno) de 18/06/2020 (rec. 1911/2018), de 02/07/2020 (rec. 1906/2018), de 19/10/2021 (rec. 2940/2020) o de 24/11/2021 (rec. 4280/2020). Dichos principios permitieron en su momento, incluso, declarar nula la cláusula de estabilización de empleo temporal prevista en el convenio aplicable a una empresa pública (RTVA); STS, de 13/11/2007 (rec. 3/2007)

<sup>10</sup> Se comprende así que tal figura se generalizara (*v.gr.*, la ya referida cesión ilegal de trabajadores -SSTS de 17/12/2002, rec. 3047/2001 y de 11/11/2003, rec. 3898/2002). No obstante, y pese a la vacilante doctrina judicial al respecto, el Alto Tribunal ha excluido finalmente esta figura en los supuestos en los que el trabajador se incorpora a la plantilla como consecuencia de la subrogación en el personal derivada, por ejemplo, de la reversión de contrata, ya que en estos casos, en aras a ser respetuosos con la Directiva 2001/23/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad, debe mantenerse el tipo de contrato original del trabajador (sin que quepa, por tanto, considerarlo como INF, precisamente, porque debido a su carácter de no-fijo, podría implicar un perjuicio para los trabajadores subrogados que sí lo son), por todas, STS de 28/01/2022 (rec. 3781/2020). Explicando la diferencia entre ambas situaciones, STS de 08/02/2022 (rec. 5070/2018). Con todo, alguna sala de Suplicación (STS Baleares, num. 78/2020 de 17 marzo) ha considerado, sobre la base de tal Directiva (y la STJUE de 13/06/2017, C-317/18) que “igualmente las consecuencias establecidas en el artículo 43 ET no pueden verse afectadas por el hecho de que la empresa cesionaria” pertenezca al sector público.

en indefinidos<sup>11</sup>. No obstante, también debe recordarse, esa conversión en indefinido es una solución posible, e incluso exigible (CASAS BAAMONDE, 2021: 29), cuando no existen otras medidas para evitar el abuso de la temporalidad<sup>12</sup>. En ese caso, solo cuando tal conversión no estuviera permitida por una norma interna, se podría hablar de la imposibilidad de una interpretación judicial que la imponga, pues de no ser así, como bien sabemos, el TJUE ha declarado que la exigencia de *interpretación conforme* incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia si esta se basara en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva<sup>13</sup>.

Por tanto, es preciso analizar si existen esas otras medidas alternativas para evitar y sancionar tal abuso y, en particular, si el INF es una solución acorde a tales exigencias comunitarias. Pero antes de continuar queremos dejar patente que no desconocemos que la norma comunitaria solo obliga a los Estados miembros a adoptar esas medidas de prevención/sanción cuando estamos ante abuso por contratos temporales sucesivos; es decir, que las mismas no se plantean para cualquier irregularidad, aun grave, en la contratación temporal o para cuando estamos ante un único contrato de duración determinada (y aunque el mismo cubra necesidades permanentes y duraderas de la empresa)<sup>14</sup>. Sin embargo, creemos que las consecuencias que se puedan derivar en caso de sucesión abusiva (*v.gr.*, admitir la consideración como fijo en la Administración), harían francamente difícil sostener una solución distinta respecto a otras irregularidades sustantivas en la contratación temporal (fraude en la causa, cesión ilegal, etc.), por cuanto que la razón de ser del INF en todas ellas es la misma: los principios que rigen el acceso al empleo público (ROMERO BURILLO, 2014: 5 y nota 23).

Al respecto, y como ya hemos adelantado, nada nos hace pensar que no puedan seguir produciéndose tales irregularidades sustantivas tras la Ley 20/2021, por lo que la pregunta es si en este ámbito disponemos de medidas ajustadas a la Cláusula 5 Directiva. Le cuestión no es nueva, porque, como sabemos, el Tribunal de Luxemburgo viene planteando si en nuestro ordenamiento existen, en el ámbito del empleo público, otras medidas preventivas del abuso equivalentes a las previstas en la Directiva o, al menos, sancionadoras. En concreto, ha preguntado a nuestros tribunales que verifiquen si alguna de las siguientes permiten cumplir con lo exigido por la Directiva 1999/70/CE<sup>15</sup>: de un lado, el desarrollo de procedimientos para la cobertura definitiva de las plazas (lo que además exigiría reservar tal media, en exclusiva, para los trabajadores afectados por el abuso)<sup>16</sup>, de otro, el

<sup>11</sup> STJUE 07/03/2018 (C-494/16), §32-33, 42 y 46.

<sup>12</sup> STJUE 03/06/2021 (C-726/19), §49 y 73. Sobre la pertinencia del principio de principio de efectividad (y no tanto el de equivalencia) para aplicar tal consecuencia en el ámbito el empleo público; FUENTETAJA PASTOR, 2020: 220 y sgs.

<sup>13</sup> Por todas, STJUE, de 19/04/2016 (C-441/14).

<sup>14</sup> Aunque sí están cubiertos como tales por los objetivos generales de la Directiva, por ejemplo, en la aplicación del principio de no discriminación (Cláusula 4); por todas, STJUE, 23/04/2009 (C-378/07, C-379/07 y C-380/07), § 108-121

<sup>15</sup> STJUE de 19/03/2020 (C-103/18 y C-429/18)

<sup>16</sup> Lo que ha llevado a algunos autores a albergar serias dudas de que el art. 2 Ley 20/2021 (autodenominado “Procesos de estabilización de empleo temporal”) implique una media adecuada “para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión”, por cuanto que “tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso”. En definitiva, a nuestro modo de ver, esta previsión tampoco permite responder positivamente a la STJUE de 19/03/2020 (C-103/18 y C-429/18) § 106, al menos cuando tal proceso no sea restringido o, al menos, garantice una preferencia general a quien sufrió el abuso; CASAS BAAMONDE, 2021: 25 y 26. De la misma opinión, PÉREZ GUERRERO, 2022: 122 y sgs. Hacerlo así, implicaría, en opinión crítica de ciertos autores, que esos procesos operen “como instrumentos más de consolidación subjetiva de los empleados públicos temporales que de estabilización objetiva de las plazas”; FUENTETAJA PASTOR, 2022: 53.

reconocimiento de una indemnización como la prevista para el despido improcedente; y, finalmente, la consideración como indefinido no fijo del contrato de quien sufre tal abuso.

Y a nuestro parecer, no se dan los elementos para considerar que las dos primeras medidas cumplan lo exigido, pues ni se ha garantizado el desarrollo de esos procedimientos, ni se prevé una indemnización que cumpla la función que exige la Directiva. No otra consecuencia puede extraerse de la DA 17ª LEBEP, pese a que la misma fija dos previsiones que expresamente considera como un “mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas” (E.MM, II y III), esto es, para cumplir con la Cláusula 5 Directiva: una, que se concreta en la afirmación de la existencia de responsabilidades frente actuaciones irregulares en materia de contratación temporal “que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”, lo cual Y otra, consistente en la fijación de una “compensación” económica para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal cuando el trabajador afectado cesa definitivamente.

En efecto, y pese a lo afirmado en tal norma, lo cierto es que la medida relativa a la exigencia de responsabilidad no permitirá cumplir con los objetivos de la Directiva, pues no parece suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar su plena eficacia (en este caso, que no se produzcan abusos o que se convoquen en plazo los procesos de cobertura), ya que para tal responsabilidad se remite a una normativa que o bien debe desarrollarse (y, por tanto, no existe aún) o bien, se entiende, ya debería existir (pues ella no la establece), aunque la realidad no haya permitido constatar su aplicación (*v.gr.*, DA 43ª Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado)<sup>17</sup>. En definitiva, no parece que esta medida vaya a garantizar, *per se*, que se eviten los abusos o la celebración en plazo de tales procesos de estabilización-consolidación, pues sin el correspondiente desarrollo, esta normativa carece de eficacia práctica (CIALTI, 2023).

Podría pensarse, entonces, que el establecimiento de la “compensación” a la que se refiere dicha DA 17ª LEBEP (al igual que en el art. 2.6 Ley 20/2021) pretende responder a ese objetivo comunitario. Y, en nuestra opinión, tampoco la respuesta puede ser positiva, ya que, entre otras razones, el supuesto para el que se contemplan (extensión del contrato más allá de su vigencia máxima) no necesariamente y, en todo caso, implica el abuso que pretende evitar o sancionar la Directiva<sup>18</sup>. A mayor abundamiento, cabe observar

<sup>17</sup> La falta de contundencia de la previsión española contrasta con alguna de las medidas que el ordenamiento italiano contempla en este sentido, “por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción”, STJUE 7 de marzo de 2018 (C-494/16), §52. *Vid.* CASAS BAAMONDE, 2021: 26-29.

<sup>18</sup> Recuérdese que la norma comunitaria no obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones cuando el contrato de duración determinada cubre necesidades permanentes y duraderas de la empresa bajo la cobertura de un único contrato (y sin perjuicio de que sí están cubiertos como tales por los objetivos generales de la Directiva, por ejemplo, en la aplicación del principio de no discriminación, Cláusula 4), pues solo los contratos temporales sucesivos están contemplados por las medidas de prevención/sanción de los abusos previstos en la norma comunitaria; por todas, STJUE, 23/04/2009 (asuntos C 378/07, C 379/07 y C 380/07), § 108-121. Con todo, no debe desconocerse, por un lado, que la mera prórroga o renovación del mismo contrato, debe considerarse una sucesión a efectos de la Directiva (SSTJUE, 11/02/2021, C-760/2018 -particularmente, §39 y sgs. -y de 03/06/2021, C-726/19 -§36 y sgs.); y, por otro lado, que, ante la imprevisibilidad de la finalización del contrato temporal y una duración inusualmente larga, se ha planteado si tal relación debe recalificarse como contrato fijo, STJUE 05/06/2018 (C-677/16), §64.

que, tal “compensación” económica (que, recordemos, ahora se prevé tanto para la extralimitación temporal del contrato temporal –DA 17ª LEBEP– como para el caso de que el candidato que cubra la plaza no sea el trabajador que venía empleado en ella y que sufrió el abuso –art. 2.6 Ley 20/2021–), no puede considerarse una sanción disuasoria y efectiva frente “a los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de la normativa comunitaria” (cláusula 5 Directiva), porque su cuantía no parece acorde a tal objetivo (ROQUETA BUJ, 2023: 118). En concreto, dispone la norma, la cuantía de tal compensación, “referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”, será la diferencia “entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato”. Conforme a ello, recuérdese, para el contrato temporal por circunstancias de la producción se prevén doce días de salario por año, pero nada para el contrato de interinidad, sin embargo, de considerarse en situación de irregularidad sustantiva (v.gr., superar el plazo máximo), la cuantía indemnizatoria por la extinción, como ahora veremos, terminará por hacer prácticamente inexistente esa compensación (por ejemplo, en caso de despido improcedente o cuando, por ser declarado como INF, le pudiera corresponder una cuantía equivalente a un despido objetivo) –en esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2022: 66 y sgs.–.

Pero más allá de la escasa cuantía que puede representar, lo cierto es que, el objetivo de tal compensación económica es otro, pues como hemos advertido, ni tan siquiera el legislador la considera como una medida *ex* Cláusula 5 Directiva (a diferencia de la referida responsabilidad). Más pareciera que su pretensión es dar cobertura legal a una jurisprudencia que, ante el carácter híbrido (temporal/fijo) que reconoce al INF, “creó” la posibilidad de una indemnización equivalente al despido objetivo para supuestos de extinción de tal contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza por otra persona distinta a quien hasta ese momento lo venía prestando, “*por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la (prevista) en el art. 49.1, c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo*”<sup>19</sup>. En definitiva, y aunque en la fijación de tal indemnización se tuvo en cuenta la Directiva 1999/70/CE, no parece que lo fuera como medida equivalente para prevenir o sancionar abusos en la temporalidad, sino, en todo caso, para ajustarse al principio de igualdad (Cláusula 4 Directiva –SÁNCHEZ PEÑA, 2017–), pues su creación jurisprudencial respondía a la ausencia de un régimen jurídico propio del INF en materia de extinción (más allá de su ubicación en el art. 49-1, b LET), lo que exigía, en coherencia con esa figura híbrida, no aplicarle la indemnización por extinción de contrato temporal –ni tampoco el régimen completo del despido por causas objetivas (pues como manifestó el TS, no era fácilmente reconducible la extinción por cobertura a ninguno de los supuestos de los arts. 51 o 52 LET)–, sino una cuantía que, por comparación-analogía, se evidenciaba más acorde con tal causa de extinción organizativa: la del despido por causas objetivas<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Por todas, STS 28/03/2017, rec. 1664/2015. Sentencia que precisamente implicó, no lo olvidemos, el enésimo cambio judicial en la construcción del régimen extintivo del INF.

<sup>20</sup> SSTs de 28/03/2017 (rec. 1664/2015) y, de 23/03/2022 (rec. 1236/2020).

Se entenderá así que, en caso de que la Administración opte por la amortización del puesto, al suponer una extinción *ante tempus*, deba proceder conforme a las reglas que rigen el despido por causas empresariales (arts. 51-53 LET), so pena de que tal extinción se considere nula o improcedente; por todas, SSTs 08/07/2014, rec. 2693/2013. Y,

Y como puede advertirse de la regulación de la Ley 20/2021, la compensación allí prevista ni tan siquiera aspira a superar la cuantía propia del despido por causas objetivas<sup>21</sup>. Por esa razón, puede afirmarse que “esta compensación tiene, en realidad, como finalidad «una minoración de la litigiosidad», a sabiendas de que la atribución de la compensación económica es automática y no requiere decisión judicial” (CIALTI, 2023).

En definitiva, ni por su razón de ser ni por su cuantía, puede sostenerse que la “compensación” económica responda adecuadamente a las exigencias comunitarias, pues el “Tribunal de Justicia ha considerado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco (*cuando*) tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”<sup>22</sup>. No desconocemos que alguna Sala de suplicación está haciendo una lectura, a nuestro parecer incorrecta, de la indemnización por extinción en el caso del INF -ya sea la prevista para los casos de improcedencia ya para el cese regular (cobertura de la plaza o sobre la base de las causas objetivas)- como eficaz y disuasoria por ser superior a la contemplada para el caso de cese del contrato temporal “no abusivo” (art. 49.1, c LET)<sup>23</sup>. Evidentemente, no podemos compartir esta lectura, pues, repetimos, tales cuantías ni están previstas para atender a las exigencias comunitarias (frente al abuso), ni desde luego son efectivas ni disuasorias (a lo sumo, proporcionales, en atención a lo que ocurre con respecto a los contratos indefinidos en caso de extinción)<sup>24</sup>.

Descartadas las anteriores medidas como efectivas para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores, cabe cuestionarse si la figura del INF responde a tal exigencia, y al respecto, ya adelantamos que, a pesar de la loable pretensión del Alto Tribunal para dar respuesta con la creación de esta figura a una situación de vacío normativo sobre la misma, es evidente que no resuelve el problema de adecuación de nuestro ordenamiento al marco comunitario.

Para sostener tal conclusión bastaría con recordar que el INF es una figura que, en opinión del TJUE, sigue siendo un contrato temporal, por cuanto que la extinción del mismo remite como causa a la producción de un hecho o acontecimiento (pre)determinada (singularmente, si depende de la voluntad de la propia empleadora)<sup>25</sup>. En concreto, y como finalmente resolvió el TS, es un contrato a término incierto (*certus an et incertus quando*), cuya extinción se produce (*ex art. 49.1, b LET*) con la cobertura reglamentaria de la plaza (que, a la postre y como hemos visto, dependerá de la decisión de la Administración empleadora)<sup>26</sup>. Consecuentemente, es evidente que no es una medida adecuada, porque

---

del mismo modo, considera el TS que corresponde la declaración de improcedencia de la extinción de un INF (laboral) en caso de que la plaza se hubiera ofertado como de personal funcionario (incluso aunque así estuviera catalogada en la RPT), por todas, SSTS de 07/07/2015 (rec. 2598/2014) y de 09/06/2016 (rec. 25/2015).

<sup>21</sup> Recuérdese que el propio TJUE (por todas, SSTJUE de 19/03/2020 (C-103/2018 y C-249/2018) y de 03/06/2021 (C-726/19)), a efectos de ser valorada por nuestros Tribunales si en nuestro ordenamiento existen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos, se refería a la prevista para el despido improcedente (muy lejos, como se sabe, de la del despido objetivo procedente o de la cuantía de la “compensación” *ex art. 2 Ley 20/2021 o DA 17ª LEBEP*). También, CASAS BAAMONDE, 2021: 28-29.

<sup>22</sup> STJUE 03/06/2021 (C-726/19), § 73-74 (*la cursiva es nuestra*)

<sup>23</sup> Por todas, STSJ Aragón, núm. 380/2022 de 23 mayo. Sin duda, tal conclusión parece derivar de

<sup>24</sup> En esta línea, CASAS BAAMONDE, 2021: 44. Incluso con los cambios en relación a la cuantía indemnizatoria (incluida la referida compensación), creemos aplicable la conclusión de que “la indemnización que recibe el trabajador indefinido no fijo por extinción del contrato de trabajo no supone una penalización o sanción para la administración que contrata ilícitamente (tampoco lo es en caso de contrataciones lícitas), sino una compensación al trabajador por la pérdida de su empleo”; SEPÚLVEDA GÓMEZ, 2015: 233.

<sup>25</sup> AATJUE 11/12/2014, C-86/14, y 26/04/2022, C-464/2021.

<sup>26</sup> Por todas, STS 28/03/2017 (rec. 1664/2015), de 06/10/2015 (rec. 2592/2014) y de 07/11/2016 (rec.



al trabajador se le mantiene como temporal en una plaza estructural, la cual requeriría un contrato indefinido (forma común o general de relación laboral) y, en todo caso, porque dicha figura plantea los mismos problemas que una relación temporal que, ante la imprevisibilidad de su finalización, provoca una excesiva duración de la misma<sup>27</sup>.

No es esta la opinión del TS, que, sobre la base de ciertos pronunciamientos del propio TJUE, considera que la colisión entre la citada norma y su doctrina es inexistente. Así, tomando como referencia, entre otras, la STJUE de 03/06/2021, C- 726/19 (§73)<sup>28</sup>, llega a afirmar que “la utilización del contrato indefinido no fijo constituye una fórmula útil para prevenir y sancionar los abusos en la contratación laboral fraudulenta”<sup>29</sup>. No podemos compartir esta posición, pues evidentemente no casa con la ya referida consideración como temporal de dicha figura que mantiene el TJUE. A mi parecer, el TS hace una lectura interesada o, cuando menos, excesivamente literal, de ciertas sentencias del TJUE para sostener su posición sobre la adecuación del INF a la cláusula 5 Directiva, pues como se evidencia de una lectura atenta de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión, la adecuación lo es porque ese abuso (o irregularidad sustantiva) implique verdaderamente la consideración como indefinida de la relación laboral afectada, en el sentido de que el contrato se transforme en indefinido-fijo (v.gr., STJUE 11/02/2021, C-760/18). En definitiva, y frente a la rotundidad de aquella afirmación del TS, lo cierto es que, cuando menos, se “suscita la duda sobre la compatibilidad entre nuestra construcción sobre PINF y la Directiva de referencia”<sup>30</sup>.

En consecuencia, y a falta de esas otras medidas para evitar el abuso y la irregularidad en la contratación temporal, debemos volver plantearnos hasta qué punto la jurisprudencia del TS en esta materia es acorde al Derecho Comunitario, particularmente cuando un trabajador ha superado (sin plaza) un procesos de selección para el empleo público.

### 3. LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR QUE SUPERÓ (SIN PLAZA) UN PROCESOS SELECTIVO

La cuestión se plantea en atención a la razón última por la que el TS rechaza la conversión en fijo del contrato temporal irregular: salvaguardar la norma que impone “los principios que deben presidir el acceso al empleo público, y evitar, por tanto, que se vulnere el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público”. Por tanto, la negativa del TS a considerar como fijo a una persona sometida a abuso o irregularidad en su contratación temporal respondería a la existencia de una norma que no lo permite.

Y es que, pese a no existir otras medidas equivalentes, sabemos que no sería exigible una *interpretación conforme* del TS que conllevara la consideración como fijo, si tal consecuencia fuera en contra de una norma interna (como es, en nuestro caso, el art. 55 y,

755/2015). El propio TS lo reconocía en origen (STS 01/02/2011, rec. 899/2010): el “personal laboral indefinido-no fijo (...) es totalmente equivalente a la del personal laboral interino por vacante (...)

<sup>27</sup> Por todas, STJUE 05/06/2018 (C-677/16), §64.

<sup>28</sup> Incluso parece deducirlo de la STJUE 14/08/2016 (C-184/15 y C-197/15), § 46 y 54. También lo entiende así, ROQUETA BUJ, 2023, 117.

<sup>29</sup> Por todas, STS de 24/11/2021 (rec. 4280/2020). Igualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa, STS 26/09/2018, rec. 785/2017 (FJ 15<sup>o</sup>, C. 1<sup>o</sup>)

<sup>30</sup> Voto Particular SEMPERE NAVARRO la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020, donde expresa que el Tribunal debería “haber activado la facultad contemplada en el artículo 267 TFUE y despejar de ese modo la incertidumbre sobre el particular”.

por remisión a él, la DA 1ª LEBEP), sencillamente porque “la Cláusula 5 de la Directiva, carente de efecto directo, no puede invocarse (...) con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria” (STJUE de 19/03/2020, C-103/18 y C-429/18 -§119 y jurisprudencia citada-). Por tanto, si la norma interna exige que el acceso se ajuste a los principios rectores, la pregunta que de inmediato surge es qué ocurre cuando el trabajador afectado por el contrato temporal irregular hubiera realizado y superado favorablemente (pero sin plaza) una prueba de acceso regida por tales principios.

Como sabemos, la respuesta del TS es matizada, distinguiendo en función de que lo superado fuera un proceso de selección para la contratación indefinida-fija o temporal.

### 3.1. Proceso selectivo para una plaza indefinida-fija

Así, en el primer caso (convocatoria para plaza indefinida-fija), de producirse la irregularidad en su contrato temporal con la Administración, correspondería el reconocimiento de una relación fija, porque los principios de mérito y capacidad se pusieron de manifiesto mediante la participación de la persona trabajadora afectada en la convocatoria pública para ocupar plazas fijas que superó satisfactoriamente. En palabras del propio Tribunal, en esos casos, debe concluirse que tal persona “ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo, sin que el hecho de no haber obtenido plaza obste para tener por cumplidas aquellas exigencias constitucionales” (STS 16/11/2021, rec. 3245/2019). Conclusión que no se ve cuestionada porque hiciera mucho tiempo desde que se superó aquel proceso para plaza fija (en el caso allí enjuiciado había transcurrido más de una década desde que se superó sin plaza el proceso), o porque pueda considerarse que se perjudica a quienes hubieran quedado también sin plaza y con mejor nota o que se violenta la OPE (porque solo fijó un cierto número de plazas)<sup>31</sup>.

En cualquier caso, parece razonable entender, como hace el TS en la última de las sentencias citadas, que dicha conclusión debe ser limitada a los supuestos en que ese proceso para plaza fija debería responder a una categoría y nivel profesional coincidente con el que ocupa con el contrato temporal irregular o abusivo. Sin embargo, el Tribunal no aclara si ese proceso selectivo superado (aunque sin plaza) debe serlo en la misma Administración (y, en general, en la misma entidad del sector público) en la que se produce el abuso o la irregularidad-fraude en su contrato temporal. Desde nuestro punto de vista aquella conclusión debiera extenderse a cualesquiera Administraciones, sea cual sea el territorio o entidad. La razón esencial es que es normativa común de aplicación general a todas ellas en sus procedimientos de cobertura del empleo público la que reclama esos principios (LEBEP y CE), por lo que carecería de justificación sobre la base de tal argumentación, hacer ahora distingos territoriales o entre entidades. Conclusión tanto más acertada desde el momento en que se admiten sin mayores problemas constitucionales o de orden legal, que las propias Administraciones pueden admitir medidas de movilidad interadministrativa entre sus trabajadores (v.gr., art. 84 LEBEP). Y frente a esta opinión que mantenemos de generalizar su aplicación a cualesquiera administraciones, no parece que pueda argüirse que la DA 15ª LET (referida a la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5 LET a las AA.PP.), solo permite tener en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas (sin que formen parte de ellas, a estos efectos, las entidades de derecho público dependientes de las mismas), por cuanto que la razón que explicaría esta última previsión, nada tiene que

<sup>31</sup> Vid. los argumentos que añade la SJS 1 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra), núm. 225/2022, de 11 mayo.

ver con las razones esgrimidas para excluir el carácter de fijo que, reiteramos, se refiere tan solo a la falta de cumplimiento de los principios de publicidad, mérito y capacidad.

### 3.2. Proceso selectivo para una plaza temporal

Frente a la anterior postura, favorable a considerar como fijo en la Administración a la persona trabajadora con contrato temporal afectado de irregularidad sustantiva (incluida como tal el abuso) que en algún momento superó –sin plaza– un proceso para una plaza fija, el Alto Tribunal español mantiene la negativa a que se adquiriera tal condición cuando tal proceso superado (sin plaza) lo fuera para un contrato temporal (por todas, STS –Pleno– 25/11/2021, rec. 2337/2020 -con cita de los pronunciamientos anteriores sobre el tema).

Para sostener esta posición contraria argumenta que, aun cuando los afectados por la contratación irregular accedieran al empleo público temporal mediante la superación de los correspondientes concursos-oposición convocados al efecto, las pruebas se realizaban para seleccionar a las personas trabajadoras con las que se iba a celebrar un contrato temporal, no para el acceso a una plaza fija. En sus propias palabras, “este proceso de selección pudo ser adecuado para los fines que se perseguían en ese momento (...), pero en modo alguno es suficiente para el acceso a la fijeza pretendida”, toda vez que “este procedimiento de selección no cumple los requisitos que deben cumplirse para el acceso con carácter de fijeza a un puesto en la Administración Pública [...]”. En definitiva, entiende el TS que no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los principios que gobiernan legalmente el acceso a plazas fijas (art. 103 y 14 CE), con las (bases, entrevistas o revisión de CV, etc.) diseñadas para una contratación temporal, por cuanto que “los objetivos, finalidades y la necesidad de dar respuesta a situaciones de muy diversa índole que configuran de una u otra relación de servicios resultan claramente divergentes”.

En apoyo de esta postura restrictiva, añade el TS (sentencias de 12/02/2022, rec. 4915/2019 o de 25/11/2021, rec. 2337/2020 y 24/11/2021, rec. 4280/2020): “Ese elemento de temporalidad o fijeza de la convocatoria es determinante de la decisión de los ciudadanos en orden al ejercicio de su derecho a la libre concurrencia en el acceso al empleo público. Un gran número de ciudadanos están preparando las pruebas selectivas para la cobertura definitiva de esas mismas plazas. El carácter temporal de la convocatoria puede resultar decisivo a la hora de determinar si el ciudadano participa en el proceso. Si se hubiera convocado una plaza fija, los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo serían muchos más que los que participaron en la cobertura de una plaza temporal”. Es decir, a su entender, que el proceso lo sea para cubrir una plaza ofertada como temporal, estaría, de alguna forma, cuestionando el principio de igualdad y publicidad, pues no permitiría la información suficiente para que todos los ciudadanos interesados se presenten a ella y, consecuentemente, de considerar como fijo al temporal irregular que superó esa prueba del proceso temporal, tal acceso no dependería de que los méritos del empleado fueran superiores (lo que parece apuntar a que no se respetarían los principios de igualdad, mérito y capacidad)<sup>32</sup>.

Y en esta línea, el Alto Tribunal (STS 11/01/2022, rec. 110/2021 -reiterando doctrina de la ya referida STS 25/11/2021, rec. 2337/2020) se ampara en el art. 11.3 EBEP para

---

<sup>32</sup> Así lo manifiesta, cuando afirma que “es patente que, si se hubiera convocado una plaza fija, los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo serían muchos más que los que participaron en la cobertura de una plaza temporal, al ser impensable, por ejemplo, que trabajadores, que ya ostentan la condición de fijos pretendan ocu-

confirmar su posición, al considerar que la misma “revela la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal”. Así, “la primera exige que la selección del personal laboral se realice mediante un procedimiento público sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dichos principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad permiten que cualquier ciudadano pueda acceder al empleo público y redundan en la mejora del servicio público. La segunda se refiere específicamente al personal temporal, mencionando el principio de celeridad por razones de necesidad y urgencia. (...) La celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes, (*porque*) las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad [...] no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya selección (...) lógicamente exige menos rigor en la selección (...), habida cuenta de que a través de la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada”.

En definitiva, el principio celeridad, añadido expresa y específicamente para los procesos de plazas temporales (cuya finalidad es atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia), matizaría de tal modo los principios generales de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), que solo serían reconocibles como tales por venir referidos a una plaza temporal.

A nuestro modo de ver, esta jurisprudencia no parece respetuosa con las exigencias comunitarias, pues vuelve a enredarse en cuestiones de derecho interno, olvidando el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria (TJUE) sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario. Principio del que deriva la exigencia de una *interpretación conforme* que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la Directiva. “Lo anteriormente transcrito abona a una conclusión clara, cual es, que (*se*) debe aplicar la norma nacional de forma que el efecto útil de la Directiva comunitaria quede preservado”. Consecuentemente, incluso sobre la base también del art. 11.3 LEBEP, “es claro que, salvo prueba en contrario, la contratación temporal llevada a cabo por cualquier ente del sector público debe haber sido, en cumplimiento del citado artículo del EBEp con pleno respeto a los principios de igualdad, capacidad y mérito”. Por tanto, también en ese caso, ya no hay impedimento para aplicar, en toda su extensión e intensidad las consecuencias derivadas de la contratación irregular (condición de indefinido-fijo), pues la figura del INF respondía, precisamente, a la falta de atención a tales principios para acceder al empleo público que exigía la norma. En definitiva, esa debiera ser la solución para todo caso de contratación temporal abusiva (o sustantivamente irregular) en la que el trabajador hubiera superado una prueba selectiva de acceso al empleo público (siquiera temporal), pues ya no hay obstáculo expreso en el ordenamiento nacional que lleve a una interpretación *contra legem* por atribuirle esa consideración de fijo<sup>33</sup>.

Ciertamente, el TS no explica con la suficiente claridad esa diferencia o, más acertadamente, cuál sea el precepto o norma interna que establece esa supuesta diferencia

par una plaza temporal, aunque podrían estar interesados en promocionar a otra plaza fija”. Frente a tal razonamiento en abstracto, cabría plantearse hasta qué punto la celebración de procesos en los que (la fase de) el concurso tiene un peso relevante no termina implicando que muchos ciudadanos desistan de presentarse (BOLTAINA BOSCH, 2022b: 43 y sgs.) y, por ende, pueda verse afectado el principio de igualdad sobre la base del mismo argumento (FUENTETAJA PASTOR, 2022:59).

<sup>33</sup> Voto particular de BLASCO PELLICER y GARCÍA PAREDES a la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020.

entre procesos y que, por tanto, prohíbe que una plaza fija sea cubierta bajo bases o pruebas que se usen para las temporales. Es más, las sentencias analizadas dan una solución genérica, sin entrar en los casos concretos y, por tanto, sin saber cuáles y cómo fueron las convocatorias para las plazas fijas y si, al menos en la concreta Administración en la que el trabajador prestaba servicios, nunca se utilizó el mismo tipo de pruebas para unas y otras plazas.

En resumen, y salvo en los casos de fraude, esa decisión de la Administración “de haber limitado el objeto de la convocatoria de las pruebas de acceso a plazas temporales, cuando sabía que se trataba de cubrir necesidades de carácter estructural y cuando siguió renovando sucesivamente los iniciales contratos en fraude de ley”, “no puede perjudicar al trabajador, no sólo porque ha sido ajeno a tal actuación empresarial (...), sino de manera especial porque está protegido por el derecho comunitario y por el derecho interno”<sup>34</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Como indicábamos al inicio, no parece que la normativa para la reducción de la temporalidad en el empleo público aprobada desde 2021 (RD-L 14/2021 y Ley 20/2021) se ajuste a las exigencias comunitarias (medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada) ni, por tanto, erradique la figura del INF; todo lo cual, nos llevan a cuestionar (*ex* ATJUE de 30/09/2020, C-135-20) la absoluta prohibición del TS de considerar como fijo, en todo caso, a los temporales irregulares que hubieran superado una prueba de selección para ocupar una plaza temporal conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En definitiva, abogamos porque en este caso la solución sea la misma que ya mantiene para cuando el trabajador afectado por la irregularidad en la contratación temporal hubiera superado un proceso para una plaza fija: considerarlo como fijo y no como INF.

En efecto, el problema está en la identificación del tipo de plaza, no en las pruebas, ya que estas no son *per se* diferentes para unas y otras, al menos, salvo que así se explicita y acredite en el concreto supuesto<sup>35</sup>. Por tanto, si la norma interna no hace ese distingo entre pruebas en función del tipo de plaza y ya no imposible que una persona contratada irregularmente pueda transformarse en indefinido-fijo (como expresamente se admite el TS respecto a quien superó sin plaza otro proceso para una fija), el problema para atribuir la consideración de fijo -ante la falta de otras medidas equivalentes (Cláusula 5 Directiva), ya no es normativo, sino de mera interpretación de esas normas, la cual, recordemos, debería no solo no ser un obstáculo, sino precisamente servir al efecto útil de la Directiva. Que el legislador no niegue de manera clara esta conclusión, pese a las múltiples ocasiones en las que ha tenido para manifestarse sobre el tema (la última, con la reiterada Ley 20/2021) creemos que también abona que es la interpretación del TS la que impide esa posibilidad<sup>36</sup>.

Y en este sentido, y respecto al personal laboral, creemos de interés subrayar que en la E.MM L 20/2021 (III) solo se señala respecto al personal funcionario que “El apartado 2

<sup>34</sup> Voto particular de BLASCO PELLICER y GARCÍA PAREDES a la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020.

<sup>35</sup> Así parece entender lo la STSJ Aragón, núm. 231/2021 de 20 abril, la cual reconocía la fijeza de un trabajador temporal irregular, en un supuesto en el que se destaca que ni en la Convocatoria ni en su Resolución se hacía alusión alguna a la temporalidad de la relación laboral que se ofertaba.

<sup>36</sup> En esta línea, debe recordarse el cambio que, *ex* RD-Ley 32/2021 se produjo en el art. 15 LET, pues ante tales irregularidades prevé ahora la consideración como fijo (y no meramente la presunción como indefinido). Toman-

del artículo 10 incide explícitamente en su publicidad y celeridad, teniendo como finalidad la cobertura inmediata del puesto y establece expresamente que el nombramiento como personal interino derivado de los procedimientos de selección no implica en ningún caso el reconocimiento de la condición de funcionario de carrera. Es decir, se refuerza la nota de temporalidad al descartar cualquier expectativa de permanencia”. En nuestra opinión, la falta de tal referencia al personal laboral permitiría extraer, *a sensu contrario*, que no ocurre así respecto a este último (seguramente, porque como ya advertíamos al inicio, los principios constitucionales del art. 103 CE tienen su razón de ser respecto al personal funcionario, de ahí que se reserve solo para el mismo esa imposibilidad de acceso a la condición estable).

En esta línea de cuestionamiento de esa rígida y absoluta jurisprudencia, creemos que el Alto Tribunal se olvida de que esa supuesta necesidad de pruebas de otro tipo para cubrir de manera indefinida una plaza supondría algún tipo de anomalía grave respecto al propio servicio público que se pretende proteger o al derecho de otros ciudadanos, por cuanto que la contratación irregular (fraude, etc.) lo que evidencia es que la plaza es estructural y, por tanto, que presta los servicios indefinidos un temporal y, además, lo seguirá haciendo pese a la irregularidad, pues el legislador no ha impuesto la automática extinción de esos contratos temporales (ni tan siquiera con la Ley 20/2021). La visión interna y meramente formalista de dicha negativa jurisprudencia se evidencia igualmente en la experiencia acumulada, donde se demuestra que tal situación anómala puede mantenerse durante décadas, y en estos casos, además, en perjuicio también del propio trabajador afectado, al que, al menos en los casos de superación (sin plaza) de una prueba selectiva, se le niega la tutela de la Directiva.

Consecuentemente, en nuestra opinión, el trabajador afectado por su contratación temporal irregular deberá ser considerado como fijo (y no INF) cuando hubiera superado alguno de los sistemas selectivos a los que se refiere el art. 61 LEBEP (oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos), quedando tan solo excluidas, por tanto, aquellas personas afectadas que accedieran al contrato temporal por fraude u otras vías que no implicase alguna de tales pruebas (o fueran declaradas ilegales o contrarias a la CE). Pero, del mismo modo y como hemos advertido, fuera de esos casos de superación de una prueba selectiva, se mantendrá el sentido del INF (al existir una norma interna que expresamente prohíba acceder al empleo público sin superar una prueba basada en los principios del mencionado art. 55 LEBEP) y, con ello, se mantendrá la falta de medidas adecuadas en nuestro ordenamiento frente al abuso y la irregularidad en la contratación temporal en la Administración Pública<sup>37</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La temporalidad laboral en las Administraciones Públicas tras las reformas de 2021”; Revista de Derecho Social, 97/2022.

do en consideración ese cambio, al menos respecto a los trabajadores afectados en otras entidades del Sector Público, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2022: 61-62. Adviértase, frente a tal conclusión, que si bien el art. 11 LEBEP sigue conservando la figura del indefinido, no parece acertado entender que tal previsión daba cobertura a la jurisprudencia sobre el INF (STS 28/03/2017, rec. 1664/2015), pues no parece que esa fuera la razón por la que legislador introdujo tal término (STS 22/07/2013, rec. 1380/2012; en la doctrina, BOLTAINA BOSCH, 2022a: 86-87).

<sup>37</sup> También, Voto particular de BLASCO PELLICER y GARCÍA PAREDES a la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020.

BOLTAINA BOSCH, X.

—“La clasificación de los empleados públicos tras la Ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-Ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo”; Anuario IET de trabajo y relaciones laborales, Vol. 8, 2022.

— “Los procesos de estabilización de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad: las ofertas de empleo público y sus convocatorias”; Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, 23/2022

CASAS BAAMONDE, Informe “Temporalidad de las prestaciones de servicios para las Administraciones Públicas. Situación, escenario normativo y alternativas”; EJASO-ETL, 2021.

CASTILLO PARDO/PEÑA OBIOL, “La controvertida evolución jurisprudencial en torno a las irregularidades en la contratación laboral temporal concertada por la Administración Pública”; T.S., nº 127, 2001.

FALGUERA BARÓ, M.A., “De nuevo sobre la contratación temporal en las administraciones públicas: un intento de análisis casuístico (y una defensa del derecho del trabajo) tras las recientes reformas legales”; RDS, 86/2022.

FUENTETAJA PASTOR, J.,

— “Los procesos de estabilización en la Administración local”; Cuadernos de Derecho Local, 60/2022.

— “La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de Carrera y el derecho a indemnización”, Revista de Administración Pública, 212/2020

GÓMEZ CABALLERO, P., “El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”; Temas Laborales, 161/2022.

LLUCH CORELL, F.J., “Contratación laboral temporal por la Administración Pública”, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, 14/2005 (Tirant online TOL599.800).

MERCADER UGUINA, J.R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*; Tirant lo Blanch, nº 76, 1999.

PÉREZ GUERRERO, M.L., *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad*; Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

CIALTI, P-H., “Las reformas laborales de 2021 y el personal laboral sustituto por vacante en el sector público”; Trabajo y Derecho, 99/ 2023 (Smarteca).

ROMERO BURILLO, AM., “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”; Actualidad Laboral, 6/ 2014.

ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas”; Labos, Vol. 4, No. 1.

SÁNCHEZ PEÑA, I., “Extinción de la relación laboral del personal indefinido no fijo al servicio de la Administración pública por cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el mismo. Concreta indemnización a percibir por tales trabajadores”; Revista de Información Labora, 9/2017 (BIB 2017\13138).

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014”; *Temas Laborales*, 129/2015.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de la relación de empleo con el personal indefinido no fijo: reflexiones tras la aprobación de la Ley 20/2021, de reducción de la temporalidad en el empleo público, y del RDL 32/2021, de reforma laboral”; AA.VV. (Garrido Pérez, Coord.), *Análisis actual de la contratación laboral: XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*; Monografías de Temas Laborales-CARL, 2022.





# **LA INTERMEDIACIÓN LABORAL, ENTRE PÚBLICO Y PRIVADO, A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO\***

STEFANO BINI

*Profesor Contratado Doctor*

*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

## SUMARIO:

1. PREMISA
2. INTRODUCCIÓN A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO
3. SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL
4. LA RECOLOCACIÓN COMO DIMENSIÓN CLAVE DE UNA INTERMEDIACIÓN ORIENTADA A TRANSICIONES PROFESIONALES JUSTAS
5. APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DEL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL
6. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA
7. SOBRE LA DIGITALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: CRÍTICAS Y PROPUESTAS PARA UN MODELO EFICIENTE
8. BIBLIOGRAFÍA

\* El presente estudio amplía una investigación desde hace tiempo llevada a cabo por el autor y cuyos primeros resultados han sido presentados, en forma de comunicación, en ocasión del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Cuenca el 25 y 26 de mayo de 2023.

## 1. PREMISA

El presente trabajo pretende proponer un análisis crítico sobre el planteamiento sistemático de la así llamada “Ley Empleo” (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo - LE), con respecto al específico perfil de la intermediación laboral, en el ámbito de las políticas activas de empleo (Título III, Capítulo III).

Efectivamente, el Legislador procede a una reconfiguración orgánica y sistemática de la regulación de estas últimas, basada en cinco pilares fundamentales: disposiciones generales (Capítulo I), empleabilidad (Capítulo II), intermediación (Capítulo III), coordinación entre políticas activas y de protección frente al desempleo (Capítulo IV) y colectivos de atención prioritaria para la política de empleo (Capítulo V).

Pues bien, dentro de este planteamiento general, cabe preguntarse si (y en qué medida) el nuevo modelo regulador elaborado en materia de intermediación laboral pueda ser considerado adecuado a los desafíos ocupacionales contemporáneos, asumiendo como premisa fundamental una precisa opción axiológica: el simple hecho de conseguir un trabajo ya no puede ser considerado suficiente, siendo más bien imprescindible proyectar las herramientas de inserción laboral hacia el horizonte de un empleo digno y adecuado.

Así, coherentemente con este planteamiento, se elige el parámetro de la “adecuación del empleo”, como clave de evaluación de la eficacia de las herramientas normativas en materia de intermediación laboral y de elaboración de propuestas constructivas.

A efectos del estudio de la cuestión, una contribución hermenéutica de interés será aportada por la lectura diagonal y la puesta en conexión del dibujo normativo propio de la Ley de Empleo con los enfoques sistemáticos que, en materia de políticas activas de empleo, se desprenden en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (con especial referencia al componente 23 y a la reforma “C23.R5 – Modernización de las políticas activas de empleo”).

Metodológicamente, el presente trabajo se caracteriza por la matriz hermenéutica del texto normativo y por el estudio razonado de la más relevante y reciente producción científica sedimentada sobre el tema.

## 2. INTRODUCCIÓN A LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO

El pasado 16 de febrero, el Congreso de los Diputados ha definitivamente aprobado el Proyecto de Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero), que -como ha sido puesto en luz por autorizada doctrina- representa «un avance importante en el desarrollo de un nuevo marco de política de empleo adecuado a la realidad territorial, que pone el acento en la elaboración del perfil de la persona usuaria de los servicios de empleo y de su itinerario personalizado, y con una cartera de servicios que, de ajustarse a los términos de la norma, puede y debe ayudar a los demandantes de empleo, así como a las personas en buscar de un mejor empleo, a encontrarlo, y que sea, por utilizar la terminología de la OIT, decente»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Rojo Torrecilla E., “La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 11, 1. Entre las primeras contribuciones sobre la nueva Ley de Empleo, véanse: Rodríguez-Piñero Royo M., “La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 12; Alfonso Mellado C.L., “La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?”, en *Brief AEDTSS*,

En términos generales, entre los pivotes fundamentales de la nueva normativa en materia de empleo, procede destacar una significativa potenciación del papel de la persona usuaria de los servicios de empleo, la valorización de itinerarios personalizados y de las carteras de servicios, en el marco de una estrecha cooperación entre entidades públicas y privadas.

En particular, con respecto al tema objeto de estudio en el presente trabajo, se señala como la compleja materia de la intermediación laboral encuentre su disciplina en el capítulo III del título III de la nueva Ley de Empleo, que sustancialmente incorpora e innova la regulación anteriormente presentada en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, “por el que se regulan las agencias de colocación”<sup>2</sup>.

A continuación, se repasan brevemente los aspectos más destacados de la nueva disciplina en materia de intermediación laboral.

A nivel definitorio, el artículo 3 LE define –a la letra c)– la intermediación laboral en los siguientes términos: «conjunto de acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades desde un enfoque integral. Incluye actividades de prospección y captación de ofertas de empleo, puesta en contacto y colocación, recolocación y selección de personas trabajadoras. En cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados»<sup>3</sup>.

Se trata, como es evidente de la lectura de la disposición, de una definición –y, por lo tanto, de una concepción– de intermediación laboral especialmente «amplia y omnicompreensiva»<sup>4</sup>, que abarca un heterogéneo abanico de actividades, enmarcadas y ancladas dentro del perímetro –igualmente amplio– de las herramientas de política activa de empleo.

Estas últimas son conceptuadas como «el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social»<sup>5</sup>.

Más en particular, con respecto al amplio abanico de actividades que entran en el perímetro de la intermediación laboral, cabe destacar que las mismas se encuentran mejor identificadas en el artículo 40.2 de la Ley 3/2023, que detalla las actuaciones en las que puede traducirse la misma intermediación y que podrían resumirse del siguiente modo:

---

2023, 21; Parres Miralles R., “La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 13; Fernández Prol F., “La intermediación en la nueva Ley de Empleo”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 16; Cabeza Pereiro J., “La nueva dimensión de la intermediación laboral”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, 6, 46-62; Rojo Torrecilla E., “Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2023, 6, 14-45; Costa Reyes A., “La reforma de la intermediación laboral: importantes aciertos y algunas dudas”, en *Net21*, 2023, 13, 1-8.

<sup>2</sup> *Ex multis*, v. Benavente Torres I., “La intermediación laboral en España”, en F. Navarro Nieto y A. Costa Reyes (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, 2021, 67-98; Lázaro Sánchez J.L., “La intermediación en el mercado de trabajo”, CARL, 2003.

<sup>3</sup> Artículo 3, letra c), Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos III, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>5</sup> Artículo 31, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

- prospección, captación y puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan empleo, de cara a su inserción/reinserción laboral o, *rectius*, a su colocación o recolocación<sup>6</sup>;
- selección de personas potencialmente idóneas para cubrir puestos de trabajo, «evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad»<sup>7</sup>;
- puesta a disposición de las personas solicitantes de empleo, de todos los «apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral» (especial atención se prevé con referencia a los colectivos de atención prioritaria *ex* artículo 50)<sup>8</sup>.

Pues bien, de esta breve mirada general, se desprende bien la naturaleza de «concepto paraguas» que la intermediación laboral expresa, como «amplio conjunto de actividades cuyo fin es poner en contacto a las personas en búsqueda de empleo con las empresas que buscan personal (e.g. mediante la adecuación del perfil, las simulaciones de entrevista, el registro y contacto con los empleadores, etc.)»<sup>9</sup>.

### 3. SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Pues bien, con respecto al perfil subjetivo de las entidades que pueden realizar el conjunto de heterogéneas actividades a que se acaba de hacer referencia, cabe desarrollar unas breves consideraciones en relación con la evolución de la compleja relación entre dimensión pública y dimensión privada en la intermediación laboral.

Efectivamente, como ha sido muy oportunamente puesto en luz en doctrina, precisamente «la colaboración público-privada en materia de intermediación conforma otro de los aspectos objeto de reforma notable»<sup>10</sup>. El fulcro normativo de este específico perfil de innovación puede de alguna manera identificarse en el artículo 42 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, que, en el apartado 1, prevé: «La intermediación laboral tiene la consideración de servicio de carácter público, con independencia del agente que la realice»<sup>11</sup>. En otros términos, coherentemente con el planteamiento de la anterior Ley de Empleo, el carácter de servicio público que connota intrínsecamente la intermediación laboral prescinde del carácter –público o privado– del sujeto que la realice.

De todas formas, una lectura crítica de la nueva regulación pone de manifiesto la clara apuesta del legislador por el fortalecimiento de los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo, presentando una disciplina especialmente detallada de las agencias de colocación, ahora sujetas a mecanismos de seguimiento y evaluación.

<sup>6</sup> Artículo 40.2, letras a) y b), Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>7</sup> Artículo 40.2, letra c), Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>8</sup> Artículo 40.2, letra d), Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>9</sup> AA.VV., “Estudio comparativo de modelos de intermediación laboral (“Job Brokering” models) – The evolving role of the Job Broker across the EU”, <https://bit.ly/3mZTLk6> (fecha de última consulta: 17 de marzo de 2023), 2013, 5.

<sup>10</sup> Fernández Prol F., “La intermediación en la nueva Ley de Empleo”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 16.

<sup>11</sup> Artículo 42.1, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Las palabras citadas resultan casi totalmente coincidentes con las del artículo 31.3, Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, derogada con efectos de 2 de marzo de 2023, según establece la disposición derogatoria única.1.a) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero.

Al respecto, parece emblemático el artículo 42.3 de la nueva LE, que expresamente manifiesta una clara opción normativo-sistemática: «Sin perjuicio de la oportuna colaboración público-privada a través de los instrumentos de coordinación o los convenios de colaboración que se celebren con agencias de colocación, se fortalecerán los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo para facilitar la intermediación laboral»<sup>12</sup>.

De hecho, se trata de un fortalecimiento importante que expresa una clara y –en opinión de quien escribe– oportuna visión de política legislativa que, de todas formas, podrá plenamente valorarse, en términos concretos, solamente una vez que se haya aprobado el relativo y necesario desarrollo reglamentario y –sobre todo– que hayan sido oportunamente determinadas y dotadas las partidas presupuestarias correspondientes.

De todos modos, ya desde ahora, se puede decir que el legislador sienta las bases para «un cambio de paradigma, determinante de la articulación de servicios públicos de intermediación solventes y adecuadamente dimensionados, a su vez complementados por una iniciativa privada también sólida, en el marco de un esquema público-privado por consiguiente similar al de otros Estados de nuestro entorno más eficientes en términos de colocación»<sup>13</sup>.

Efectivamente, si se considera la cuestión de la fisonomía propia de la colaboración público-privada en materia de intermediación laboral, cabe destacar que el tema no es nuevo y ha conocido un significativo proceso evolutivo a lo largo de los años, tanto que en doctrina se ha afirmado que: «el caso español es uno paradigmático en la evolución de la regulación de las actividades vinculadas con el empleo, habiendo pasado su ordenación de éste por diversas fases en las que se aplicaron diversos modelos o paradigmas en cuanto al diseño del mercado de trabajo»<sup>14</sup>.

Sin querer recorrer aquí las diferentes etapas de la evolución en la regulación de las actividades de intermediación, basta recordar que la misma puede sintetizarse en el tránsito –paulatino y a través de una fase de transición (cf. RDL 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación)– de un modelo originario (definido como “socialdemócrata”), entre otras cosas caracterizado por el monopolio estatal en el desarrollo de las actividades de intermediación laboral, a otro modelo (definido como “liberalizado” o “competitivo”), caracterizado por la liberalización de la intermediación laboral, con una oferta plural de servicios de intermediación, por parte de operadores tanto privados como públicos, en el marco de mecanismos de colaboración público-privada<sup>15</sup>.

Precisamente con respecto a este último modelo, merece señalar el carácter emblemático del Preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en el que se afirmaba: «se estima necesario iniciar una apertura a la colaboración público-privada en esta materia, preservando, en cualquier caso, la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter

<sup>12</sup> Artículo 42.3, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>13</sup> Fernández Prol F., “La intermediación en la nueva Ley de Empleo”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 16.

<sup>14</sup> Rodríguez-Piñero Royo M., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, en *Temas Laborales*, 2014, 125, 60. Véase también Aguilar González M.C., “La colaboración público-privada en la intermediación laboral en España”, en L. Mella Méndez (Dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios en la intermediación laboral y nuevos retos para el emprendimiento y el empleo decente: España, Uruguay, Portugal, Brasil, Italia, Perú*, Peter Lang, 2017, 3, 65-86.

<sup>15</sup> Rodríguez-Piñero Royo M., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, en *Temas Laborales*, 2014, 125, 53-87; Navarro Nieto F. y Costa Reyes A., “Introducción crítica al marco jurídico de las políticas de empleo en España”, en *Aranzadi Social*, 2013, 9, 163-198.

estatal y autonómico, para que no se produzca la sustitución de la iniciativa pública por la iniciativa privada en el ámbito de la intermediación y la colocación»<sup>16</sup>.

Pues bien, puede decirse que la Ley 3/2023 (y, emblemáticamente, el arriba citado artículo 42.3 de la misma), redefine las prioridades sistemáticas en las que se basa el planteamiento normativo en materia de intermediación laboral y, sin perjudicar a las multiformes expresiones de la colaboración público-privada, da énfasis al fortalecimiento de los medios públicos del Sistema Nacional de Empleo, finalizados a la facilitación de la intermediación laboral.

#### 4. LA RECOLOCACIÓN COMO DIMENSIÓN CLAVE DE UNA INTERMEDIACIÓN ORIENTADA A TRANSICIONES PROFESIONALES JUSTAS

Con respecto al ámbito objetivo del amplio abanico de actividades en las que se sustancia la intermediación laboral, un perfil digno de especial mención se refiere a la así llamada “colocación especializada”, que el mismo artículo 40 de la Ley 3/2023 define en términos de actividades destinadas a «la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos»<sup>17</sup>.

El tema –en cuyo perímetro se incluyen también las actividades de selección de personal, que requieran realizar búsquedas de candidaturas adecuadas, «entre personas trabajadoras no inscritas como personas demandantes de los servicios públicos de empleo» (art. 40.4, LE)– resulta de extraordinario interés, en consideración del contexto de rápida transformación, que caracteriza la contemporaneidad del escenario empresarial global y que constituye una de las concausas de los procesos de reestructuración y reorganización, que afectan significativamente y directamente a las personas que trabajan<sup>18</sup>.

Siempre con respecto a la actividad de recolocación de las personas trabajadoras, el Legislador de la nueva Ley de Empleo prevé una disposición específica destinada a evitar, en particular, la pérdida de empleo de las personas mayores: en los planes de recolocación acordados con las empresas que hayan procedido a despidos colectivos, de hecho, «deberá procurarse el retorno al trabajo, especialmente, de quienes hayan visto extinguidos sus contratos “después de los cincuenta y dos años”, a fin de evitar toda discriminación por razón de edad»<sup>19</sup>.

Más en concreto, el artículo 44 de la Ley 3/2023 se centra en la actividad de «colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial», aclarando que el desarrollo de esta actividad tendrá que conformarse al correspondiente

<sup>16</sup> Sáez Lara C., “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, en *Temas Laborales*, 2010, 107, 359.

<sup>17</sup> Artículo 40.3, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>18</sup> Sáez Lara C., “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, en *Temas Laborales*, 2010, 107, 359.

<sup>19</sup> Rojo Torrecilla E., “La nueva Ley de Empleo. Una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona”, en *Brief AEDTSS*, 2023, 11, 1; artículo 44, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

plan de recolocación externa *ex* artículos 51.10 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 9 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

Se reafirma, así, el carácter fundamental del plan de recolocación externa, como herramienta estratégica de facilitación de la reincorporación al trabajo, a través de la cual se garantiza «a los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses»<sup>20</sup>: un puente de conexión entre salida y entrada del mercado de trabajo, una hoja de ruta en la cual se entrelazan diferentes perfiles.

Como es sabido, las medidas contenidas en el plan en cuestión se definen como «efectivas adecuadas a su finalidad», y abarcan un heterogéneo conjunto de ámbitos, tra loro intrínsecamente relacionados:

- intermediación laboral en sentido estricto: «puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo»<sup>21</sup>;
- orientación profesional, destinada a la «identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación»<sup>22</sup>;
- formación profesional, orientada a la «capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas»<sup>23</sup>;
- atención personalizada, «destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismos»<sup>24</sup>.

Resulta por lo tanto evidente que el concepto de recolocación profesional que el Legislador de 2023 sistematiza en el nuevo marco normativo en materia de empleo, hunde sus raíces y resulta plenamente coherente con el planteamiento del art. 51 ET y del art. 9 RD 1483/2012.

La recolocación –que «podrá desarrollarse [también] a iniciativa de los servicios públicos de empleo cuando concurren circunstancias que lo hagan oportuno»<sup>25</sup>– tiene como protagonista, con un papel de especial interés, a la empresa de recolocación: figura peculiar de agencia privada de colocación, específicamente dedicada al colectivo de las personas trabajadoras que sean excedentarias en los procesos de reestructuración empresarial. Las entidades en cuestión –cuyo régimen normativo de referencia está representado por el previsto, en términos generales, para las agencias de colocación *ex* artículo 2.2 RD 1796/2010– se centran en el desarrollo de un heterogéneo conjunto de actividades de mediación de cara a la colocación, así como de asesoramiento, formación y búsqueda de empleo para estas personas. Estas agencias de colocación especializadas.

Entre las actividades llevadas a cabo por estas empresas –que pueden ser exclusivamente centradas en el ámbito de la recolocación o abrazar otras, propias de las agencias privadas de colocación en general– se señala la gestión del plan de recolocación

<sup>20</sup> Artículo 9.2, RD 1483/2012.

<sup>21</sup> Artículo 9.3, letra a), RD 1483/2012.

<sup>22</sup> Artículo 9.3, letra b), RD 1483/2012.

<sup>23</sup> Artículo 9.3, letra c), RD 1483/2012.

<sup>24</sup> Artículo 9.3, letra d), RD 1483/2012.

<sup>25</sup> Artículo 44.2, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.



externa ex artículo 51.10 ET. «En definitiva, la regulación de las empresas de recolocación le permite desarrollar un importante abanico de acciones de asesoramiento y actuaciones propias de la intermediación laboral, situando tales actuaciones en contextos de reestructuración laborales»<sup>26</sup>.

Se trata, evidentemente, de un tema intrínsecamente conectado con el de las transiciones ocupacionales de calidad en sentido amplio, que el Legislador ha previamente abordado –con especial visión de futuro– entre otras cosas, dibujando un marco normativo de gran impacto, en materia de ERTE y, en particular, de Mecanismo RED<sup>27</sup>.

## 5. APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DEL MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Considerados algunos de los rasgos más peculiares de la nueva Ley de Empleo en materia de intermediación laboral, parece ahora oportuno situar la reciente sistematización de la materia en el álveo del marco normativo anteriormente vigente, para intentar comprender las tendencias más significativa del flujo evolutivo de la relativa regulación.

La nueva Ley de Empleo, en materia de intermediación laboral, no reescribe radicalmente el marco normativo, sistematizando y reforzando más bien –en continuidad con las anteriores– las normas reguladoras de aquellas acciones que, dentro del sistema de las políticas activas, están destinadas a poner en conexión empleadores y potenciales personas trabajadoras, proporcionado a estas últimas, empleos que sean coherentes con sus perfiles y a las empresas trabajadoras/es adecuados a las necesidades específicas de las mismas.

Efectivamente, si miramos atrás, la materia ha conocido en los años 90 una etapa de significativa reorientación de la misma idea de “intermediación laboral”, en óptica amplia e inclusiva, con la afirmación de un fundamental principio -innovador en aquel tiempo- de coexistencia de entidades públicas y privadas de intermediación. En particular, se liberaliza la actividad de las APC, las Agencias Privadas de Colocación, en consonancia con el Convenio 181 de 1997 de la OIT, con la Directiva 2006/123/CE sobre agencias de empleo privadas y con la jurisprudencia comunitaria<sup>28</sup>.

Como es sabido, la tendencia normativa española hacia la reorientación sistemática en materia de intermediación laboral se consagra en la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (como modificada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) y en su desarrollo reglamentario (Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación).

Pues bien, mirando a estas fuentes y, en general, a las reformas normativas de las últimas décadas, se observa como estas últimas se pongan plenamente en línea con una macro-tendencia comunitaria, que une a Países con diferentes tradiciones laborales (piénsese en Italia, Holanda, Alemania), en una concepción de intermediación laboral amplia, con referencia tanto a las actividades y herramientas, como a los sujetos involucrados en el desarrollo de las mismas (servicios públicos de empleo, agencias públicas y privadas

<sup>26</sup> Navarro Nieto F., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Don Folio, 2021, I, 53.

<sup>27</sup> Sobre el tema, se permita remitir a Bini S., “España apuesta por transiciones sostenibles: el Mecanismo RED en la reforma laboral de 2021-2022”, en *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, 2022, 5, 51-68.

<sup>28</sup> Véase, en particular, STJCE de 11 de diciembre de 1997.

de colocación, empresas de trabajo temporal, empresas de recolocación, entidades colaboradoras enfocadas y especializadas en la intermediación dirigida a colectivos vulnerables, con dificultades de inserción laboral, *rectius*, sociolaboral)<sup>29</sup>.

Así, si analizamos la evolución que la normativa en materia ha conocido a lo largo de las últimas décadas, podemos señalar (muy brevemente, por razones de límites en la extensión de la presente contribución) algunos pasajes-clave, útiles de cara a la reflexión crítica sobre la reciente reforma: el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (véase en particular los artículos 31 y 34, sobre “Concepto de la intermediación laboral” y “Principios básicos de la intermediación laboral”); la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que, en su artículo 14, se centra en las “Políticas de empleo y agencias de colocación”); el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo (véase –en particular, entre otros– el artículo 4, sobre “El sistema nacional de empleo” y el artículo 10, sobre “Concepto y principios generales de las políticas activas de empleo”).

Cruciales parecen, además, dos normas de interés: por un lado, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, que en sus DA 4ª (“Empresas dedicadas a la intermediación laboral”) y DA 11ª (“Lucha contra las prácticas ilegales y fraudulentas en la intermediación laboral”) aporta una contribución muy significativa a la regulación de la institución jurídica en cuestión; por otro lado, el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (*ex multis*, véase los artículos 2, “Definición de las agencias de colocación”; 5, sobre las “Obligaciones de las agencias de colocación” y la DA 1ª sobre los “Indicadores de eficacia”).

## 6. LAS POLÍTICAS ACTIVAS EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

Pues bien, una vez analizados algunos de los rasgos más emblemáticos de la nueva Ley de Empleo en materia de intermediación laboral y brevemente situados los mismos en el contexto histórico-evolutivo del marco normativo de referencia, se considera que una contribución hermenéutica de interés a los efectos del presente estudio pueda ser aportada por unas pinceladas sobre el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con específica referencia al enfoque sistemático en materia de políticas activas de empleo.

Efectivamente, si miramos al preámbulo (I) de la Ley 3/2023, explícita es la referencia al Plan y, en particular, al componente 23 sobre “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, (en el marco del área política VIII “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”), que fija un objetivo clave: impulsar, en el marco del diálogo social, una reforma del mercado laboral español, que lo proyecte y lo adecue a las necesidades contemporáneas, contribuyendo a la corrección de las debilidades estructurales.

El componente en cuestión identifica además un conjunto de prioridades y objetivos estratégicos, entre los cuales –de cara al presente estudio– merece señalar el impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de las personas

<sup>29</sup> Navarro Nieto F., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Don Folio, 2021, I, 53.

trabajadoras en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía»<sup>30</sup>.

Pues bien, coherentemente con este planteamiento general, dentro del componente 23 –en el marco del cual se prevé una inversión total estimada en 2.363 millones de euro (100% bajo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia)– se contempla la reforma “C23.R5 - Modernización de las políticas activas de empleo”.

Estas últimas son identificadas como «pieza clave en la lucha contra el desempleo y constituyen también un elemento fundamental en la configuración de un mercado de trabajo sostenible que en la actualidad se enfrenta al reto de envejecimiento demográfico»<sup>31</sup>. Además, en la descripción del marco reformador, se señala que el objetivo de mejora de las herramientas de reinserción laboral de las personas desempleadas se considera conseguible -entre otras cosas- a través de:

- «la modernización y refuerzo de la formación para el empleo y la configuración de trayectorias individualizadas de orientación para el empleo»;
- «la promoción de las ventanillas de empleo específicas para jóvenes y el replanteamiento de la Garantía Juvenil»;
- «el reforzamiento de los programas de recualificación y ayuda a los trabajadores mayores»;
- «la mejora de las herramientas de los Servicios Públicos de Empleo (refuerzo de la inversión y modernización en recursos humanos y materiales), a través de la digitalización para la gestión del perfilado, para el seguimiento de vacantes en tiempo real y seguimiento de tendencias en el mercado de trabajo»;
- «la coordinación territorial y cercanía»;
- «la mejora de la coordinación entre los servicios de empleo y los servicios sociales»;
- «una mejor colaboración con el sector privado»<sup>32</sup>.

Ya simplemente tomando en consideración este conjunto de prioridades que describen la línea de intervención reformadora, se desprende el carácter sistémico y estructural del mismo componente, como también lo confirma la pluralidad de formas de su implementación; se identifican, de hecho, seis reformas prodrómicas y funcionales a la consecución del objetivo general en materia de políticas activas:

- reforma de la Ley de Empleo, «para potenciar los instrumentos de actuación y de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, centrándose en la revisión de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y sus Ejes y de los Planes Anuales de Política de Empleo; la reforma de las Políticas Activas de Empleo; la revisión de la Gobernanza del Sistema, con el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo; así como la adecuación a los requerimientos de implementación de las distintas actuaciones previstas en el Plan Nacional de Políticas Activas de Empleo»<sup>33</sup>;

<sup>30</sup> Preámbulo I, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>31</sup> Gobierno de España, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Componente 23 - Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, <https://bit.ly/3IL3A5f> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023), 2021, 15.

<sup>32</sup> Gobierno de España, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Componente 23 - Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, <https://bit.ly/3IL3A5f> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023), 2021, 15-16.

<sup>33</sup> Gobierno de España, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Componente 23 - Nuevas

- aprobación de la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2021-2024;
- aprobación de los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo;
- modernización del Programa de Fomento del Empleo Agrario;
- aprobación de la Garantía Juvenil Plus. Plan 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes;
- reforma de la Ley que regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

Y, efectivamente, como bien se desprende de la lectura del preámbulo (I) de Ley 3/2023, esta última representa solamente «una de las actuaciones contempladas para la implementación de esta Reforma» general del componente 23: una pieza importante, de un mosaico de medidas<sup>34</sup>.

Cabe, por lo tanto, destacar que, si es verdad que el entramado de la nueva Ley de Empleo parece plenamente coherente y adecuado a la visión reformadora del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es igualmente cierto que el impacto que la nueva LE será capaz de producir en concreto –en general y, en particular, con respecto al perfil objeto de estudio en el presente trabajo– depende en gran medida del “diálogo” que las nuevas normas serán capaces de entablar con las otras intervenciones reformadoras, así como del concreto desarrollo reglamentario de las mismas.

## 7. SOBRELADIGITALIZACIÓNDELAINTERMEDIACIÓNLABORAL: CRÍTICAS Y PROPUESTAS PARA UN MODELO EFICIENTE

Precisamente mirando al desarrollo reglamentario de la Ley 3/2023, se intenta a continuación proyectar la reflexión en su dimensión propositiva, centrando brevemente la atención en el perfil específico de la digitalización como posible clave para la modernización del sistema de intermediación laboral.

De hecho, como se lee en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, «El objetivo del componente 23 es avanzar precisamente hacia un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo, con reformas para modernizar las políticas activas de empleo, la negociación colectiva, reforzar el *reskilling* y *upskilling* de trabajadores y promover el empleo juvenil»<sup>35</sup>.

Precisamente en este sentido, el tema clave de la digitalización bajo control humano de los servicios de intermediación laboral parece poder, de alguna manera, representar la piedra angular, a partir de la cual trazar un recorrido de efectiva y fructífera modernización del sistema.

Por lo demás, esta hipótesis parece respaldada por la Disposición Final 11ª de la nueva Ley de Empleo, que expresamente proyecta el tema de la digitalización en el escenario de la concreción de la nueva Agencia Española de Empleo (que será encargada de la gestión de las políticas relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, así

políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, <https://bit.ly/3IL3A5f> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023), 2021, 15-16.

<sup>34</sup> Preámbulo I, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>35</sup> Gobierno de España, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”, <https://planderecuperacion.gob.es> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023), 2021, 76-77.

como de las políticas activas de empleo, *ex DT 1ª*), contemplada por la Disposición Adicional 1ª, en el marco de la transformación del Servicio Público de Empleo Estatal.

Efectivamente, la disposición en cuestión prevé: «La Agencia Española de Empleo impulsará las actuaciones pertinentes para modernizar el Portal Único de Empleo, así como la mejora de la coordinación y cooperación con otras plataformas e instrumentos de empleo y formación existentes, convirtiéndolo en un espacio de intercambio de información y colaboración eficaz entre todos los actores del mercado de trabajo. Además, prestará especial atención a sus necesidades de digitalización, incorporando herramientas tecnológicas que podrán especificarse en cada momento mediante desarrollos reglamentarios»<sup>36</sup>.

La norma expresa evidentemente el carácter ya no postergable de la necesidad de impulsar un razonamiento amplio e inclusivo, en torno al tema de la modernización *-in primis*, a través de la digitalización bajo control humano- no de las normas, sino de las herramientas, con vistas a implantar una verdadera infraestructura holística de intermediación laboral, por decirlo así, permanente y en continua, constante actualización<sup>37</sup>.

Pues bien, con referencia a la posible identificación de una correspondencia biunívoca entre modernización y digitalización de las políticas activas de empleo y, en particular, de las herramientas de intermediación laboral, resulta de posible interés explorar un perfil hermenéutico específico, que surge del análisis crítico de la última parte del artículo 3 c) de la nueva Ley de Empleo.

La norma en cuestión, *ut supra* citada, prevé que: «En cualquier caso, para que se considere intermediación o colocación laboral, el conjunto de acciones descritas no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados»<sup>38</sup>.

En otros términos, para que pueda haberse “intermediación laboral” es imprescindible que las relativas actividades *ex art. 40.2* de la Ley, sean llevadas a cabo, al menos en parte, por un ser humano, excluyendo así la posibilidad de una intermediación entera y exclusivamente automatizada.

¿Y qué pasa con las actividades de intermediación exclusivamente automatizadas?

Con esta norma, ciertamente, el Legislador destaca el carácter intrínseca e insuperablemente humano de las actividades de intermediación laboral, manifestando, así, conciencia sobre una cuestión problemática especialmente actual, originada por el generalizado fenómeno de la transformación digital, que puede producir –y, efectivamente, produce– un impacto importante también en el ámbito de las relaciones laborales.

De hecho, contemplando esta previsión, el entramado definitorio de la intermediación laboral manifiesta claramente la voluntad de reafirmar un principio fundamental en materia de regulación de la digitalización en general: la centralidad de la persona y, por lo tanto, la mera instrumentalidad de la tecnología<sup>39</sup>.

Además, cabe señalar que la norma en cuestión de la nueva Ley de Empleo parece evidente y plenamente coherente con un planteamiento normativo general que encuentra su referencia quizás más emblemática en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679,

<sup>36</sup> Disposición Final 11ª, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>37</sup> Sobre la “visión holística” de la intermediación laboral, v. Gobierno de España, “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia - Componente 23 - Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, <https://bit.ly/3L3A5f> (fecha de última consulta: 29 de marzo de 2023), 2021, 15-16.

<sup>38</sup> Artículo 3, letra c), Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>39</sup> Sobre el tema, se permita remitir a Bini S., “La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo”, Bo-marzo, 2021 y a la amplia bibliografía *ivi* citada.

de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por la que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); este último indica: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»<sup>40</sup>.

Pues bien, ya simplemente poniendo en conexión las dos normas, se desprende la sustancial coincidencia de *ratio* entre las mismas, sobre todo si se considera que, en materia de intermediación laboral, la perfilación representa una de las herramientas esenciales para la puesta en conexión entre demanda y oferta de empleo.

Así que, cuestionándose sobre el alcance del elemento definitorio en consideración, se considera acertado formular una hipótesis hermenéutica según la cual la finalidad que el Legislador ha querido perseguir a través de una previsión quizás demasiado sucinta y concisa -y, por ello, según quien escribe, no suficientemente clara- coincide con una voluntad inclusiva y no excluyente (como podría *prima facie* parecer).

Es decir, para que la hermenéutica de la norma no genere un eventual efecto “cortocircuito”, cabe proyectar la previsión legal en una dimensión teleológicamente orientada, para que la misma se lea como sustancialmente dirigida a ampliar el perímetro de la intermediación laboral (y no, en cambio, a reducirlo, dejando fuera del mismo realidades que ejercen actividades de intermediación totalmente automatizadas), incluyendo todas las «acciones destinadas a proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a las entidades empleadoras las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades»<sup>41</sup>.

Al mismo tiempo, el Legislador ha querido acompañar esta previsión inclusiva y omnicompreensiva, con la clara prohibición de total automatización de las actividades de intermediación, en un planteamiento -totalmente compartido por quien escribe- de sustancial reintermediación humana, como “límite” normativamente fundado a la propagación de las tecnologías digitales<sup>42</sup>.

Pues bien, una de las razones que están en la base de esta previsión puede probablemente identificarse en la caracterización de la «intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación»<sup>43</sup> y, por lo tanto, en la necesidad de neutralizar los concretos perfiles de riesgo discriminatorio, que una gestión totalmente digitalizada de las acciones de intermediación entre demanda y oferta de empleo (y, en particular, de perfilación), puede llevar consigo.

De todas formas, la relación entre intermediación laboral y digitalización merece ser explorada en mayor profundidad, teniendo en cuenta experiencias, prácticas y modelos virtuosos (y no), que aporten contribuciones útiles a un razonamiento crítico amplio sobre el tema, en su dimensión más concreta y práctica<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

<sup>41</sup> Artículo 40, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Cf. Costa Reyes A., “La reforma de la intermediación laboral: importantes aciertos y algunas dudas”, en *Net21*, 2023, 13, 1-8

<sup>42</sup> Supiot A., “La soberanía del límite” Mimesis, 2020.

<sup>43</sup> García Coca O., “La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación”, en J.M. Morales Ortega (Coord.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, 2022, 383-422.

<sup>44</sup> Sobre el tema, v. Vicente Palacio A., “Inteligencia artificial para la mejora de la intermediación laboral de los servicios públicos de empleo: algunas propuestas (inconclusas)”, en M. Revuelta García y L. López Cumbre (Coords.), *Efectos laborales, sindicales y de seguridad social de la digitalización*, Aranzadi, 2022, 33-57.

De hecho, es innegable que hoy en día gran parte de las actividades de intermediación se realiza a través de canales digitales, portales de empleo y redes sociales (tanto profesionales, como generalistas), gracias a cuyos algoritmos de última generación, demanda y oferta de empleo entran fácilmente en contacto<sup>45</sup>.

Del mismo modo, es innegable que esta tendencia lleva consigo efectos secundarios no insignificantes, consistentes –entre otros– en la sustancial relativización del papel de los agentes de la intermediación *ex artículo 41 LE*, así como en la dificultad de reconducir muchos portales y “espacios virtuales” al cauce del concepto jurídico de “intermediarios” en sentido estricto y a la relativa normativa de referencia.

Pues bien, frente a este escenario, cabe interrogarse –ya en fase de desarrollo reglamentario– en torno a las posibles soluciones jurídicas que pueden aplicarse, para neutralizar los perfiles de riesgo que caracterizan el escenario global animado por las inteligencias artificiales de ultimísima generación<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Alva K., Escot L., Fernández Cornejo J.A. y Cáceres Ruiz J.I., “Intermediarios del mercado de trabajo y eficacia de los métodos de búsqueda de empleo durante la crisis económica”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2017, 35, 415-442. Véase también Fernández García A., “Portales de empleo: experiencias de colaboración público-privada en la intermediación laboral digital”, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, 75-92.

<sup>46</sup> Velilla J., “El reto de los Servicios Públicos de Empleo. Análisis comparado de innovación en los servicios públicos de empleo entre América Latina y Europa”, Programa EUROsociAL, <https://bit.ly/3nWu5We> (fecha de última consulta: 13 de mayo de 2023) 2022, 10.

# **LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

JOSÉ BASCÓN MARÍN

*PSI. Dto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Córdoba

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA
3. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL. EL SINDICATO
4. LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL



## 1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos colectivos de los funcionarios públicos (a partir de la Segunda Guerra Mundial) supuso un verdadero hito en la evolución de la concepción de la relación jurídica administrativa ya que, en sus orígenes, los funcionarios quedaban excluidos de participar en la determinación de las condiciones de trabajo, siendo la Administración Pública la encargada de fijarlas, de manera unilateral. Dicho reconocimiento y regulación responderían a la progresiva influencia de las instituciones del Derecho Laboral lo que ha dado como resultado una aproximación de ordenamientos jurídicos hasta el punto de aparecer intersecciones en determinados ámbitos de ambos ordenamientos, como veremos reflejado en la regulación del régimen jurídico de los representantes de los funcionarios públicos y de los representantes del personal laboral.

El problema surgió cuando se intentó reconocer las instituciones de representación unitaria a los funcionarios públicos ya que el Estatuto de los Trabajadores no resultaba aplicable a la función pública, principalmente, por la definición de su ámbito de aplicación, por lo que hubo que plantearse una legislación específica y paralela a las instituciones reguladas en el Estatuto de los Trabajadores. Esa legislación fue la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LOR)<sup>1</sup>, actualmente derogada por la Ley 7/2007, de 12 de abril<sup>2</sup>.

En la actualidad, los empleados públicos tienen acceso a una serie de derechos individuales que van a poder ejercer colectivamente como son la libertad sindical, la negociación colectiva, la participación en la determinación de las condiciones de trabajo, al ejercicio de la huelga, al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, al derecho de reunión y al derecho de representación y reconocidos por el Estatuto Básico del Empleado Público [arts. 15 y 31.1 RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP<sup>3</sup>)]. Para ello, tendrán que hacer uso del derecho de representación y de participación institucional. El primero se refiere a la facultad de elegir representantes para constituir órganos unitarios mediante los cuales se ponga en marcha procesos de intercomunicación con las administraciones públicas (art. 31.3 EBEP). Por participación institucional se va a entender el derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales en los órganos de control y seguimiento de las entidades y organismos que se determinen (art. 31.4 EBEP). Pues bien, para poner en práctica ambas facultades se hace necesario la aparición de los representantes de los empleados públicos. En este trabajo vamos a intentar analizar y estudiar los tipos de órganos de representación a los que pueden tener derecho los empleados públicos, siendo necesario para ello, delimitar desde un primer momento, los siguientes conceptos.

En este sentido, los órganos de representación van a manifestarse, principalmente, a través de un doble canal institucional: la representación unitaria y la representación sindical. Decimos principalmente porque va a existir un tercer canal de representación cuyo objetivo fundamental será vigilar el cumplimiento de la normativa que regula la seguridad y salud laboral tanto de los trabajadores como de los funcionarios.

<sup>1</sup> BOE N.º 144, de 17/06/1987.

<sup>2</sup> Hay que recordar que la DDÚnica c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, derogó la LOR, salvo el art. 7. Si bien, con carácter transitorio (DT5ª EBEP) se mantienen vigentes los siguientes artículos de la LOR: 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 y 29. Por último el RD legislativo 5/2015, de 30 de octubre, derogaría la Ley 7/2007, de 12 de abril, al llevar a cabo su refundición.

<sup>3</sup> RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE N.º 261 de 31/10/2015).

## 2. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

### 2.1. La naturaleza de los órganos de representación unitaria

Si vamos a atender la naturaleza de los órganos de representación unitaria, lo primero que deberíamos dejar claro es la notoria diferencia existente con la representación sindical regulada en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (LOLS)<sup>4</sup>. La representación unitaria tiene su base fundamentada en normas jurídicas de cumplimiento necesario (de ahí su otra denominación, representación legal) lo que significa que no está sujeta a la voluntad de sus representados, como es el caso de la representación sindical. Además, a diferencia de la representación sindical, la unitaria supone la participación y presencia de los trabajadores en las tareas de organización y funcionamiento de la unidad administrativa<sup>5</sup>.

Los empleados públicos van a tener derecho a elegir mediante sufragio personal, libre, directo y secreto a sus órganos específicos de representación:

1. Para el personal funcionario serán los delegados de personal y las juntas de personal (arts. 20.1 LOR y 39.1 EBEP)<sup>6</sup>.
2. Para el personal laboral, los órganos correspondientes de representación unitaria serán los delegados de personal y los comités de empresa, admitiéndose sus variaciones de comité de empresa conjunto y comités intercentros en las situaciones que corresponda [arts. 61, 62 y 63 RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre<sup>7</sup> (LET)].

A pesar de que las personas candidatas que se presenten al proceso electoral pueden estar afiliadas y pertenecer a cualquier sindicato, la representación unitaria deriva de una facultad atribuida por una norma infra constitucional (EBEP o LET y su normativa de desarrollo), es decir, es creación de ley y no emana necesariamente de la libertad sindical con lo que no tendrá carácter de derecho fundamental y, por lo tanto, no va a permitir el amparo para exigir su efectivo derecho en el contenido esencial de la libertad sindical<sup>8</sup>, como así ocurre con los órganos de representación que se derivan de la LOLS que encuentran amparo constitucional en el art. 28.1 CE<sup>9</sup>.

Si atendemos a la práctica, a pesar del carácter sindical señalado de los órganos unitarios estos son órganos que, en principio, son ajenos al ente sindical, hasta el punto de que tanto los delegados de personal como la junta de personal no son órganos negociadores, función que se le atribuye de manera exclusiva a las organizaciones sindicales (art. 33.1 EBEP)<sup>10</sup>. No ocurre así con los representantes unitarios del personal laboral donde tanto

<sup>4</sup> Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE N.º 189 de 08/08/1985).

<sup>5</sup> Monereo, J.L., Molina, C. y Moreno, M.N. *Manual de Derecho Sindical*. 10ª ed., Comares, Granada, 2015, p.133.

<sup>6</sup> En la Comunidad Foral de Navarra, las juntas de personal se van a denominar comisiones de personal [art. 3 b) Decreto Foral 30/1995, de 13 de febrero, que aprueba el reglamento de elecciones a los órganos de representación de los funcionarios al servicio de las administraciones públicas de Navarra (BON N.º 21 15/02/1995)]. Hay que decir que dicha norma mantiene un régimen jurídico regulador de los órganos de representación unitaria de los funcionarios distinto al del EBEP y cuyo respaldo constitucional se produjo a través de la STC 140/1990 (FJ3 y FJ5).

<sup>7</sup> RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE N.º 255, de 24/10/2015).

<sup>8</sup> Véanse STC 9/1988 FJ2; STC 39/1986 FJ3; STC 184/1987 FJ4 y STC 158/1988 FJ4.

<sup>9</sup> La STC 98/1985 establecería que los órganos de representación unitaria solo poseían “una indirecta relación con el art. 129.2 CE”, siendo su creación y ordenación deriva del desarrollo de este precepto constitucional y no del 28.1 CE.

<sup>10</sup> Véanse arts. 31 y ss. EBEP y FJ8 y 9 STS 05/05/1994 (Rec.: 13/1991).

el comité de empresa como los delegados de personal están legitimados para negociar en el ámbito empresarial o inferior (art. 87.1 LET).

A pesar de que la representación unitaria de los empleados públicos pueda ejercer funciones de colaboración con la Administración Pública [arts. 40.1 f) EBEP y 64.7 c) y d) LET], su función principal será la de ejercer, en “primera instancia”, la defensa “reivindicativa” y “conflictiva”<sup>11</sup> de los intereses de sus representados ante la otra parte, en su condición de empleadora<sup>12</sup>. Como ha señalado la doctrina, la representación unitaria, a diferencia de la sindical, tiene una doble connotación, electoral y representativa<sup>13</sup>:

- a) Electoral, porque todos los empleados públicos incluidos en la unidad electoral (salvo las exclusiones que se van a ver más adelante) van a tener derecho a participar como electores y elegibles en el proceso de elección de los órganos de representación. Al mismo tiempo, los órganos elegidos serán el resultado de la votación de todos los miembros de la unidad electoral con independencia de su afiliación o no, a un sindicato u otro.
- b) Representativa porque, una vez elegidos los órganos de representación, estos representarán a la totalidad del personal adscrito a la unidad electoral con independencia de la participación que hayan tenido, o no, en las elecciones en las que han sido proclamados o de las opciones sindicales por las que se hayan decantado los electores.

## 2.2. El ámbito subjetivo de la representación unitaria

Los miembros de la representación unitaria serán elegidos de entre y por todos los empleados públicos que se sitúen o pertenezcan a la circunscripción electoral correspondiente. Sin embargo, cuando el legislador en el Capítulo IV del Título III del EBEP habla de funcionarios públicos y de sus derechos de negociación colectiva, representación y participación institucional y derecho de reunión, hay que entender hecha la referencia solamente a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos y al personal estatutario de los servicios de salud, de conformidad con el art. 2.4 EBEP y cuya regulación en materia de representación, participación y negociación colectiva se llevará a cabo por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre<sup>14</sup>. Y ello porque de la condición de electores y elegibles, quedan excluidos los siguientes tipos de funcionarios públicos [arts. 16.2 LOR y art. 44 b) EBEP]:

- a) Los que se encuentren en situación administrativa de excedencia, suspensión y servicios especiales.
- b) Los nombrados por Real Decreto acordado en Consejo de ministros o por decreto de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla (funcionariado político).

<sup>11</sup> Roqueta Buj, R. *Derecho del Empleo Público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p.571.

<sup>12</sup> Del Rey Guanter, S. “Órganos de representación unitaria y proceso electoral en la función pública”. *Temas Laborales*, 10-11/1987, p.104.

<sup>13</sup> Del Rey Guanter, S. “Órganos de representación...” op. cit., TL 10-11/2023, p.103-104. Doctrina arbitral, laudo de 07/03/2019 (Gerona), Árbitra, Gloria Samblás; Boltaima i Bosch, X. *Las elecciones sindicales de los funcionarios públicos*. Bomarzo, Alicante, 2023, p.23; Roqueta Buj, R. *Derecho del Empleo...* op. cit, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p.571-572

<sup>14</sup> Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE N.º 301, de 17/12/2003).

- c) El personal eventual, salvo que en el desempeño de puestos calificados de confianza o de asesoramiento especial, hayan sido declarados en situación administrativa de servicios especiales, en cuyo caso, tendrán la condición de electores, pero no de elegibles.

Por su parte, dentro de la delimitación negativa del ámbito subjetivo debemos señalar una parte del funcionariado que se va a encontrar en situación de exclusión o que va a desarrollar una legislación específica y propia. En este sentido, el art. 4 EBEP regula a un tipo de personal con legislación propia a los que solo afectarán las disposiciones del EBEP cuando así lo disponga dicha legislación propia. Con esta regulación la disposición se está refiriendo:

- a) Al personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas.
- b) Al personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de las comunidades autónomas.
- c) A jueces, magistrados, fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.
- d) Al personal militar de las Fuerzas Armadas.
- e) Al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En este caso habría que matizar que van a tener órganos específicos de representación, excepto la policía local que entrarían a formar parte del funcionariado de las entidades locales<sup>15</sup>.
- e) Al personal retribuido por arancel (notarios, registradores de la propiedad, registradores mercantiles, etc.).
- f) Al personal del Centro Nacional de Inteligencia.
- g) Al personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

En referencia al personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, el EBEP dispone que se rija por sus normas específicas<sup>16</sup> y, de manera supletoria, por lo establecido en él (art. 5).

Con respecto a la representación y participación del personal laboral de la administración hay que decir que se regirá por la legislación laboral (art. 69 LET) y por las normas convencionales sin perjuicio de aquellos preceptos del EBEP que les sean aplicables (arts. 7 y 32.1 EBEP). En este sentido, podrán ser electores todos los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo (entendiéndose por ello el órgano o unidad administrativa), mayores de 16 años y con una antigüedad, al menos, de 1 mes. Por su parte, serán elegibles los trabajadores que tuviesen cumplidos los 18 años y con una antigüedad de, al menos, 6 meses, salvo que por convenio colectivo se pactase un plazo inferior (art. 69.2 LET).

---

<sup>15</sup> Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado van a tener su propia regulación mediante la LO 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional (BOE N.º 180, de 29/07/2015). La policía local ostentará la condición de electores y elegibles en la misma unidad electoral de funcionarios públicos que se establezca para el Ayuntamiento correspondiente.

<sup>16</sup> RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima (BOE N.º 58, de 08/03/2004).

### **2.3. La composición numérica de la representación unitaria**

La composición numérica de la representación unitaria de los funcionarios públicos ha seguido muy de cerca a la establecida en los arts. 62 y 66 LET, para el personal laboral, tomando como punto de referencia, no el centro de trabajo o empresa que plantea la LET, sino la unidad electoral. En las unidades electorales donde el número de funcionarios sea igual o superior a 6 e inferior a 50, su representación corresponderá a los delegados de personal. Hasta 30 funcionarios les corresponde un delegado de personal y entre 31 y 49 elegirán a tres delegados, cuya representación podrán ejercerla de manera conjunta y mancomunada (arts. 39.2 EBEP). Para el personal laboral la horquilla se cierra entre más de 10 y menos de 50, aunque en los centros o empresas entre 6 y 10 trabajadores se podrá elegir un delegado de personal si aquellos lo deciden por mayoría (art. 62.1 LET).

Por su parte, las juntas de personal se van a constituir en unidades electorales que cuenten, al menos, con un censo mínimo de 50 funcionarios (arts. 39.3 EBEP). Las juntas de personal se compondrán de un número de representantes que dependerá en función del número de funcionarios que integren la unidad electoral, siguiendo el esquema establecido en la LET (art. 66.1 LET). En este caso, la legislación laboral no difiere del siguiente reparto (arts. 39.5 EBEP): de 50 a 100 funcionarios: 5 miembros. De 101 a 250 funcionarios: 9 miembros. De 251 a 500 funcionarios: 13 miembros. De 501 a 750 funcionarios: 17 miembros. De 751 a 1.000 funcionarios: 21 miembros. De 1.001 en adelante: 2 miembros más por cada 1.000 o fracción, hasta alcanzar un máximo de 75 miembros.

Cabría apuntar que los apartados 2 a 5 del art. 39 EBEP no tienen carácter de mínimos y, por lo tanto, no resultan ampliables por la negociación colectiva. Por el contrario, suponen una regulación de carácter absoluto, cuestión que nace del hecho de que la composición numérica de la representación unitaria es la que va a servir para medir el grado de representatividad del ente sindical.

### **2.4. El mandato de los órganos de representación unitaria**

En lo referente al mandato de la representación unitaria la regulación establecida en el EBEP, la LOR y la LET resultan similares. En este sentido, las juntas de personal, los comités de empresa y los delegados de personal serán elegidos mediante sufragio personal, libre, directo y secreto (art. 20.1 LOR y 67.3 LET). Sus miembros, tan solo podrán ser revocados durante el mandato por decisión de aquellos quiénes los hubieran elegido mediante asamblea convocada al efecto, a instancia de, al menos, 1/3 de sus electores y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta mediante sufragio personal, libre directo y secreto. En cualquier caso, no podrá efectuarse dicha revocación hasta no transcurridos, al menos 6 meses de su elección ni, en el ámbito laboral, mientras la tramitación de un convenio colectivo. Tampoco se podrá efectuar nuevas propuestas de revocación hasta no transcurridos 6 meses de la anterior (art. 20.2 LOR y 67.3 LET).

El mandato de los órganos de representación de los funcionarios será de 4 años, con la posibilidad de poder ser reelegidos en las siguientes elecciones. Dicho mandato se entenderá prorrogado si, a su término, no se hubiesen promovido nuevas elecciones (art. 42 EBEP). La interpretación literal exige, en principio, contemplar la prórroga automática del mandato, es decir, el mandato queda prorrogado otros 4 años ya que cuando habla de mandato prorrogado parece estar haciendo alusión a todo el periodo, es decir, 4 años. Esta apreciación no se puede interpretar al estudiar su equivalente laboral cuando el art. 67.3 LET señala el mantenimiento “en funciones” de los representantes unitarios hasta tanto

no se promuevan y celebren nuevas elecciones, lo que implica un mandato transitorio y en espera del inicio de un nuevo proceso electoral.

La extinción del mandato de los órganos de representación puede producirse al término del periodo establecido para el que fueron elegidos o de manera prematura. Para este segundo supuesto, el art. 20.2 y 3 LOR habla de la revocación, de la dimisión o de cualquier otra causa, lo que dará cabida a otra serie de situaciones como la pérdida de la condición de funcionario, la pérdida de condición de elegible por pase a situaciones de excedencia, de suspensión contractual<sup>17</sup> o de servicios especiales [art. 16.2 a) LOR] o por el pase a algunos de los cargos establecidos en el art. 44 b) EBEP o del art. 16.2 b) y c) LOR, entre otras<sup>18</sup>.

El cambio de afiliación sindical del representante elegido o la pérdida de la afiliación por renuncia o expulsión del sindicato no conllevará la modificación de los resultados obtenidos ni de su atribución por lo que el funcionario no perderá la condición de representante ni tampoco el sindicato perderá la representatividad atribuida a los efectos de los arts. 6 y 7 LOLS (art. 20.5 RD 1846/1994, de 9 de septiembre<sup>19</sup>).

Por otro lado, habría que apuntar que los órganos de representación unitaria tienen regulado normativamente su mecanismo de funcionamiento y la toma de decisiones por las mayorías previstas. No necesitan ser ratificados por sus representados y tampoco están obligados a seguir la opinión dada por estos. Para los casos en los que los representados no estuviesen de acuerdo con las decisiones adoptadas por los órganos de representación, existe el mecanismo de la revocación (art. 20.2 LOR).

Sobre las reglas de funcionamiento de las juntas de personal, que siguen en gran medida lo establecido en el art. 66.2 LET, el art. 39.6 EBEP establece que deberán elegir, obligatoriamente de entre los miembros, a un presidente y a un secretario. Además, la junta de personal tendrá la obligación de elaborar su propio reglamento de procedimiento que no podrá contradecir lo establecido en el EBEP ni en su normativa de desarrollo, remitiendo una copia de este y de sus modificaciones al órgano en materia de personal correspondiente a cada administración. La normativa laboral establece que el comité de empresa remita copia a la autoridad laboral y a la empresa. Por lo tanto, para el control legal del reglamento de funcionamiento de los órganos de representación tenemos, desde el ámbito laboral, a la autoridad laboral competente, sin embargo, desde el ámbito administrativo no estamos seguros de que el órgano en materia de personal tenga capacidad suficiente ni competencia para realizar el necesario control de legalidad que garantice no contradecir lo dispuesto en el EBEP y en sus normas de desarrollo. Por último, el EBEP establece que tanto el reglamento como sus posibles modificaciones deberán ser aprobados por los votos favorables, de al menos, 2/3 de sus miembros.

## 2.5. Funciones de los órganos de representación unitaria

Lo primero que habría que destacar es que, a semejanza de lo establecido en los arts. 62.2 y 64 LET a efectos de delegados de personal y comités de empresa, las facultades establecidas por el art. 40.1 EBEP para los órganos de representación son comunes tanto para los delegados de personal como para las juntas de personal. Sin embargo, desde el EBEP, se contempla un número menor de funciones que las relacionadas en la LET

<sup>17</sup> Véase STS de 14/04/1997 (Rec.: 5718/1994).

<sup>18</sup> Roqueta Buj, R. *Derecho del...* op. cit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 592-593.

<sup>19</sup> RD 1846/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado (BOE N.º 219, de 13/09/1994).

en su art. 64. En este sentido, las funciones de la representación unitaria en el ámbito funcional se limitan a las siguientes.

En cuanto al *derecho de información*, el EBEP contempla las siguientes acciones:

1. Recibir información sobre la política de personal, así como la referente a retribuciones, programas de mejora del rendimiento, evolución del empleo, etc. [art. 40.1 a) EBEP].
2. Ser informados sobre la imposición de sanciones de tipo muy grave [art. 40.1 c) EBEP].

El contrapunto con la regulación laboral no solo reside en la ampliación de facultades sino también en un aspecto de periodicidad necesaria:

1. Con carácter trimestral (art. 64.2 LET):
  - Evolución del sector económico al que pertenezca la empresa.
  - La situación económica de la empresa y su evolución.
  - Previsión de nuevas contrataciones, supuestos de subcontratación, control de horas complementarias, etc.
  - Estadísticas de índices de absentismo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, índices de siniestralidad, estudios de medioambiente laboral y mecanismos de prevención.
2. Con carácter, al menos, anual (art. 64.3 LET):
  - a) Aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y las medidas adoptadas para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, así como de la aplicación del plan de igualdad, de haberse establecido.
3. Con la periodicidad que proceda, en cada caso (art. 64.4 LET):
  - a) Conocer los documentos contables.
  - b) Conocer los modelos de contrato de trabajo y los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.
  - c) Sanciones impuestas por faltas muy graves.
  - d) De los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos de los sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que incidan en las condiciones de trabajo.
  - e) A recibir la copia básica de los contratos como la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos.

Ante el derecho de ser informado, el órgano de representación unitaria actúa como mero sujeto pasivo, agotándose el deber de la administración cuando la transmisión de la información se realice de manera adecuada, implicando con ello que la información tenga que ser inteligible, completa y veraz<sup>20</sup>.

En cuanto al *derecho de consulta*, el EBEP contempla las siguientes acciones:

<sup>20</sup> Del Rey Guanter, S. "Órganos de representación..." op. cit. TL 10-11/2023, p.114, citando a Alonso Olea.

1. Una primera, de consulta no obligada que consiste en emitir aquellos informes que le sean solicitados por la Administración Pública correspondiente, sobre las siguientes materias [art. 40.1 b) EBEP]: traslado de las instalaciones, implantación y revisión del sistema de organización e implantación o revisión de sistemas de trabajo.
2. Una segunda, de consulta obligada consistente en tener conocimiento y ser oído sobre las siguientes materias [art. 40.1 d) EBEP]: establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo y régimen de permisos y vacaciones.

A diferencia de la consulta potestativa, aparte de suponer un trámite administrativo más del procedimiento e implicar un refuerzo competencial a la figura de los órganos de representación unitaria, la verdad es que puede quedar desvirtuado desde el momento en el que la obligación de la Administración finaliza con la recepción de la información procedente de la consulta sin que dicha Administración quede vinculada a la información solicitada, en ningún caso.

En la legislación laboral, el derecho de consulta a los órganos de representación unitaria recae sobre las siguientes acciones (art. 64.5 LET): la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, aquellas decisiones que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo y la adopción de medidas preventivas, de carácter eventual, para los casos de riesgo de empleo. A diferencia del EBEP en el que la consulta potestativa, cuando se solicita, y la consulta obligatoria hacen efectivo y real el derecho de consulta de los órganos de representación unitaria, en la regulación laboral, al no especificar nada sobre la obligatoriedad o no de la consulta, se difumina la materialización real del derecho hasta el límite de su vulneración si no se solicitase la consulta en ningún momento, impidiéndole así, a la representación unitaria, el acceso a un derecho reconocido.

En cuanto al *derecho de vigilancia*, el EBEP [art. 40.1 e)] al igual que la LET [art. 64.7 a)], lo dirige hacia el cumplimiento de las normas en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social, empleo y hacia el ejercicio, en su caso, de las acciones legales oportunas ante los organismos competentes. La LET añade una facultad más de vigilancia sobre el cumplimiento y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente, en materia retributiva. Dada la naturaleza del derecho y las materias sobre las que se ejerce, se podría decir que se constituye como una de las funciones principales de los órganos de representación unitaria.

El EBEP también reconoce a los órganos unitarios las *facultades de colaboración* con la administración correspondiente a la hora de establecer aquellas medidas que busquen tanto el mantenimiento como el incremento de la productividad [art. 40.1 f) EBEP], medidas que también se contemplan en el ámbito laboral [art. 64.7 c) y d) LET].

Por último, la regulación laboral regula un derecho para los representantes unitarios que, en nuestra opinión, no necesitaría un reconocimiento legal ya que lo tendría desde un ámbito superior, el constitucional, a través del art. 20.1 CE cuando se reconoce como derecho fundamental el “expresar y difundir los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” y que engarza perfectamente con el *derecho a emitir informes* con carácter previo a la ejecución de decisiones que afecten a materias como la reestructuración de plantilla, procedimientos de ERE o de ERTE, las reducciones de jornada, el traslado total o parcial de las instalaciones, los



procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa, los planes de formación profesional de la empresa, la implantación de sistemas de organización y control del trabajo, sistemas de incentivos, etc., (art. 64.5 LET).

Como contrapunto a los derechos y facultades, el art. 41.3 EBEP va a establecer el *deber de sigilo profesional* a los órganos de representación unitaria y sus miembros individuales por aquellos asuntos que la Administración disponga de su reserva aun después de terminar su mandato. Además, dispone el precepto que ningún documento calificado como reservado o secreto y entregado por la Administración a los órganos representativos podrá ser utilizado fuera del ámbito para el que fue entregado o para fines distintos a los que motivaron su entrega. En términos similares se expresa la legislación laboral al tratar el asunto del deber de sigilo profesional de la información (arts. 62.2 y 65.2 y 3 LET). Por lo que respecta a la responsabilidad del incumplimiento del deber de sigilo profesional, el EBEP establece su régimen disciplinario en su Título VII.

Para ejercer estas funciones con total plenitud y despliegue de derechos y garantías se les reconoce a las juntas de personal (por decisión mayoritaria y actuando colegiadamente) y a los delegados de personal (actuando mancomunadamente, al igual que establece el art. 62.2 LET<sup>21</sup>) legitimación para iniciar procedimientos administrativos o judiciales, como parte interesada, ejercitando las acciones necesarias en lo relativo al ámbito de sus funciones (art. 40.2 EBEP y 65.1 LET)<sup>22</sup>. Llegado a este punto, habría que señalar que existen voces que opinan que, si un delegado de personal adoptase una discrepancia total y absoluta con la posición mayoritaria respaldada por los otros dos delegados de personal, impediría llevar a cabo la decisión adoptada por mayoría<sup>23</sup>.

Para finalizar este apartado habría que señalar que, a diferencia de los representantes unitarios de los funcionarios públicos, los representantes de los empleados laborales tienen regulada la facultad de negociar muchas de las materias que se establecen en este apartado en los convenios de empresa y de ámbito inferior (art. 87.1 LET) pudiendo quedar relegados quizás a un rol secundario los representantes de los funcionarios frente a la representación laboral.

## 2.6. Garantías y derechos de los órganos de representación unitaria

Los miembros de los órganos de representación unitaria de los empleados públicos dispondrán para el ejercicio de sus funciones de los siguientes derechos y garantías (art. 41 EBEP):

*Acceso y libre circulación por las dependencias de la unidad electoral* sin que con ello pueda entorpecer el normal funcionamiento a las unidades administrativas. Habría que señalar que dicha garantía no necesitaría de autorización o comunicación alguna previa al órgano responsable en materia de personal, salvo en aquellas situaciones en las que se establezca por propia diligencia para acceder a determinados espacios que por su naturaleza y finalidad así lo requiriere. En este sentido, la STS de 4 de abril de 1995<sup>24</sup> en su FJ2 llegaba a la conclusión de que el “previo aviso para acceder” a determinadas salas

<sup>21</sup> En el caso de los delegados de personal, las facultades no se les reconoce de forma individual sino a todos los representantes en conjunto que formen parte del órgano. Por ello se dice que actúan de manera mancomunada lo que implica alcanzar acuerdos por mayoría (no se requiere unanimidad).

<sup>22</sup> En ese sentido véanse SSTS 14/06/2004 (Rec.: 2341/1999); 02/02/2006 (Rec.: 2929/2000); 09/02/2004 (Rec.: 8216/1998).

<sup>23</sup> Véase Boltaima i Bosch, X. *Las elecciones...* op. cit. Bomarzo, Alicante, 2023, p.156 citando a Mercader Uguina, J. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.726.

<sup>24</sup> Rec.: 9786/1992.

de las dependencias policiales (almacén de armas y de expedientes en trámite) por parte del representante unitario no lesiona el derecho o la garantía en cuestión por tratarse de locales donde se desarrollan “actividades especialmente delicadas y cuyo funcionamiento podría resultar entorpecido”. Otra de las prerrogativas que se establece en este art. 41.1 a) es que la presencia de la representación unitaria en la unidad administrativa no debe de entorpecer el normal funcionamiento de esta y producirse dentro de los horarios habituales de trabajo. Sobre esta garantía no dice nada la LET, lo que significa que, legalmente, el personal laboral no tendría reconocida esta garantía, aunque en principio tampoco estaría prohibida y desde la facultad de poder publicar y distribuir información de interés laboral o social parece que el poder desplazarse por las dependencias de la unidad administrativa, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, no debería de causar problemas a la representación unitaria laboral.

*Distribución de todo tipo de publicaciones que se refieran a cuestiones de tipo profesional o sindical* [art. 41.1 b)]. Esta garantía, al igual que la anterior, tampoco necesitaría de autorización o de comunicación previa. En este caso, el EBEP no habla nada sobre el horario de distribución lo que en principio parece que no impediría la distribución fuera de la jornada laboral, sin que con ello se pudiera interferir en el normal funcionamiento de las unidades administrativas. El apartado d) del art. 68 LET se expresa en similares términos, sin embargo, obliga a los representantes a su comunicación a la empresa.

Poder *ser oídos en los diferentes expedientes disciplinarios* que se abran tanto a los miembros de la junta de personal como a cualquier delegado de personal tanto por el resto de los miembros de la junta como por los demás delegados ya sea durante su mandato o durante el año inmediatamente posterior a su finalización [art. 41.1 c) EBEP]. En este sentido la LET desarrolla una disposición similar en el apartado a) del art. 68, pero con ciertas diferencias. En primer lugar, esta facultad de poder ser oídos se va a convertir en la emisión de un “expediente contradictorio” a través del cual se puedan contraponer los argumentos y pruebas necesarios para rebatir la decisión sancionadora. En segundo lugar, se limita a la comisión de faltas graves y muy graves, entendiéndose que, ante faltas calificadas como leves, esta facultad no podría ser invocada. En tercer lugar, la regulación laboral no contempla aplicar esta facultad durante un periodo que sobrepase el propio mandato. Por último, además serán oídos el resto de los miembros del comité de empresa o de delegados de personal.

El EBEP, al igual que el art. 68 e) LET establece un *crédito de horas mensuales*, dentro de la jornada de trabajo, y que será retribuido como de trabajo efectivo en función de la siguiente escala [art. 41.1 d)]: hasta 100 funcionarios: 15 horas. De 101 a 250 funcionarios: 20 horas. De 251 a 500 funcionarios: 30 horas. De 501 a 750 funcionarios: 35 horas. De 751 en adelante: 40 horas. Este crédito de horas tiene carácter mensual sin que, en principio, se pueda acumular horas para meses posteriores. El representante podrá utilizar y disponer del crédito horario libremente, es decir, podrá disponer tanto del número de horas como de días que necesite para realizar sus funciones, dentro del mes correspondiente y con el límite establecido de horas en la escala; en este sentido, la norma no obliga a nada a este respecto. Otra característica del crédito horario es que se concede a título individual, pero se contempla la posibilidad de la acumulación de horas en distintos representantes. Así, parece que los miembros de la junta de personal y los delegados de personal de la misma candidatura, previa comunicación al órgano que ostente la jefatura de personal, podría proceder a la acumulación de horas que podría incluso suponer la total liberación de algunos miembros del órgano de representación. Esta situación significa

la consideración de la situación de activo y conservar por lo tanto el puesto de trabajo, computándose todo el tiempo de permanencia a efectos de trienios, ascensos y derechos pasivos. La posibilidad de acumulación del crédito horario en alguno de los miembros de los órganos representativos también es contemplada por el apartado e) del art. 68 LET, sin embargo, plantea 2 diferencias principales con respecto al régimen funcionarial: en primer lugar, no exige que tenga que ser de la misma candidatura, es decir, se podría acumular el crédito horario de todos los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal en la figura de un miembro (del presidente, por ejemplo, en el caso del comité de empresa); en segundo lugar, la legislación laboral prevé que para poder llevar a cabo la acumulación de horas debe negociarse, previamente, en convenio colectivo. Por su parte, el crédito horario será retribuido como de trabajo efectivo y el tiempo empleado por el representante para ejercer sus funciones como tal se deberá considerar de ausencia justificada, siempre que se haya hecho con previo aviso, es decir, el representante deberá comunicar a la Administración, de manera previa, como va a utilizar el crédito horario para que aquella pueda tomar las medidas oportunas con respecto a la organización del trabajo y el normal funcionamiento de la unidad administrativa, diligencia que se podrían entender para el cumplimiento del art. 53.3 EBEP en el que se exige el ajuste de las actuaciones de los funcionarios públicos a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios

*No ser trasladados ni sancionados, durante el ejercicio de sus funciones*, ni dentro del año siguiente a la finalización de su mandato, salvo que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el traslado o la sanción se hayan basado en la acción del funcionario o en el ejercicio de su representación [art. 41.1 e) EBEP]. Para esta facultad encontramos su equivalente en el apartado c) del art. 68 LET con la variante de ser despedido en lugar de ser trasladado, por razones obvias. Se echa en falta una previsión similar en el EBEP a la que establece el art. 40.7 LET para los representantes legales de los trabajadores respecto a tener prioridad a permanecer en el puesto de trabajo, en caso de traslado. Esta prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo también aparece en las facultades de la regulación laboral, en los supuestos de extinción o suspensión de contratos por causas tecnológicas o económicas [art. 68 b) LET]. En cuanto al aspecto sancionador, la disposición no conlleva una prohibición de carácter absoluto lo que implica que podrán ser sancionados si infringen sus deberes y obligaciones ya sea en calidad de funcionarios o de representantes unitarios, de acuerdo con lo que establece la normativa disciplinaria a este respecto (arts. 93 y ss. EBEP).

*No podrán ser discriminados en su promoción económica o profesional* por razón del ejercicio y desempeño de sus funciones como representantes de los funcionarios públicos (art. 41.2 EBEP). Esta misma prerrogativa la contempla el apartado c) del art. 68 LET. En este sentido, la protección alcanzaría a aquellos casos de cese de puestos de trabajo que hubiesen sido ocupados mediante el sistema de libre designación, siendo necesaria la acreditación por parte de la Administración de otros motivos relacionados con la organización del servicio y que, en todo caso, queden ajenos al afecto del derecho fundamental al que se recurre (STC 17/1996, FJ6).

Por último, el art. 9 LOLS establece también una serie de derechos para los cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal que pertenezcan a las organizaciones sindicales más representativas:

- a) Disfrute de permisos no retribuidos que sean necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales, propias de su cargo. Ahora bien, la norma establece la posibilidad de limitar este derecho mediante acuerdos cuando así lo exija las necesidades del proceso productivo.

- b) A la excedencia forzosa o a su situación equivalente para el personal funcionario (pudiendo entender como equivalente la situación administrativa de servicios especiales), con reserva del puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad mientras se mantenga su situación de representante, debiéndose reincorporar a su puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese.
- c) A la asistencia y al acceso a los centros de trabajo para poder participar en las actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores a quienes representa, siempre que exista una comunicación previa a la Administración y sin que pueda producirse una interrupción del desarrollo normal del proceso productivo.

### 3. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL. EL SINDICATO<sup>25</sup>

La segunda vía de representación de los empleados públicos es la representación sindical que se configura como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical establecido en los arts. 7 y 28.1 CE y desarrollado en la LOLS.

#### 3.1. La titularidad del derecho de libertad sindical

La representación sindical de los empleados públicos recae sobre la figura de la organización sindical y ello porque la titularidad colectiva del derecho de libertad sindical es del sindicato, de manera exclusiva. En este sentido, y a pesar de reconocer que cuando el representante unitario se encuentra afiliado a un sindicato su actividad podrá quedar amparada por la libertad sindical frente a aquellas injerencias por parte de la empresa (o administración pública) que dificulten o impidan la actividad sindical (SSTC 100/2014 y 64/2016), la doctrina del TC viene siendo constante al establecer que nuestra Constitución otorga la titularidad del derecho a la libertad sindical al sindicato y no así a la representación unitaria (SSTC 134/1995, 95/1996 y 191/1996). Y ello ocurre porque lo que se protege es la actividad del sindicato con independencia de quién pretenda llevarla a cabo, por eso, también podrá existir un reconocimiento de la titularidad de la libertad sindical cuando empleados públicos, a pesar de no pertenecer a ningún tipo de ente sindical, participen en una actividad de contenido esencialmente sindical y organizada por un sindicato (art. 12 LOLS y SSTC 197/1990 y 134/1994).

#### 3.2. Ámbito subjetivo del derecho de la libertad sindical

El art. 28.1 CE se inicia indicando que “todos” tendrán derecho a sindicarse de manera libre. Su conexión con el art. 7 CE (“Los sindicatos de trabajadores”) debe de conducirnos a pensar que el derecho de libertad sindical está dirigido a los trabajadores. Esta reflexión se refuerza con lo establecido en el art. 1.1 LOLS cuando se dice que “todos los trabajadores” van a tener derecho a sindicarse libremente. Dicha referencia a los trabajadores es extendida por el art. 1.2 LOLS, no solamente a los sujetos por

---

<sup>25</sup> Véase Ojeda Avilés, A. “Representación y participación de los funcionarios”, en AA.VV., *Régimen jurídico de los funcionarios públicos. Análisis y perspectivas*. (A. Ojeda y M.J., Rodríguez, Coord.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001; Sáez Lara, C. *Representación y acción sindical en la empresa*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992; Sala Franco, T. “La representación sindical de los funcionarios públicos en las administraciones públicas”, en AA.VV., *Los sindicatos. Homenaje al profesor D. Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación*. (L.E. de la Villa, e I. García-Perrote, Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 201-217.

una relación de carácter laboral, sino también a los sujetos por una relación de carácter administrativo o estatutario, al servicio de cualquiera de las administraciones públicas. Por lo tanto, el segundo canal de representación, el sindical, va a tener su proyección y desarrollo también en la función pública, poniendo al alcance del conjunto de los empleados públicos el derecho fundamental de libertad sindical.

Sin embargo, este primer artículo de la LOLS va a llevar a cabo una serie de precisiones que van a privar o a limitar, a determinados colectivos de funcionarios públicos, de alcanzar el derecho a sindicarse:

1. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar (art. 1.3 LOLS)<sup>26</sup>. La DA<sup>3ª</sup> LOLS, modificada por LO 9/2011, de 27 de julio, reconoce que el derecho de actividad sindical para el personal civil que preste sus servicios en unidades de carácter militar podrá ejercerlo siempre que se respete el principio de neutralidad sindical y política de los miembros de las Fuerzas Armadas (STC 101/1991)<sup>27</sup>.
2. Los jueces, magistrados y fiscales. Estos no podrán afiliarse a ningún sindicato mientras se encuentren en ejercicio activo (art. 1.4 LOLS)<sup>28</sup>.
3. Con respecto a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar, la normativa que regula su derecho de sindicación será específica para el colectivo debido a su naturaleza armada y a su organización jerarquizada (art. 1.5 LOLS)<sup>29</sup>.

Habría que señalar que los funcionarios adscritos a las Cortes Generales se pueden afiliar a un sindicato (art. 39.1 Estatuto del Personal de las Cortes Generales<sup>30</sup>). De hecho, la representación que su Estatuto otorga a estos funcionarios es expresamente la sindical (art. 40.1) por lo que disponen de un marco jurídico propio para la constitución de sindicatos (art. 40.2), doctrina que vino a mantener la STC 121/1997.

### 3.3. La actividad sindical dentro de la Administración Pública

El derecho a la actividad sindical en las administraciones públicas se configura como expresión de la libertad sindical de las organizaciones sindicales [art. 2.1 d) LOLS]. En el ejercicio efectivo de este derecho, sus titulares, quedan facultados para llevar a cabo las siguientes actuaciones [art. 2.2 d) LOLS]:

*El derecho de negociación colectiva.* Con respecto al personal laboral, el art. 32.1 EBEP remite su regulación a la LET (Título III). Con respecto al personal funcional, hay que decir que, a pesar de no obtener un reconocimiento expreso en nuestra Constitución

<sup>26</sup> Exclusión avalada por STC 219/2001 y por STS de 30/06/1997 (Rec.: 6035/1993). El art. 7.3 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil (BOE N.º 254, de 23/10/2007), contempla como falta muy grave la pertenencia a un sindicato.

<sup>27</sup> Habría que precisar que, a pesar de que las asambleas de contenido reivindicativo van a quedar afectadas por la limitación al derecho de libertad sindical, no será el caso de aquellas cuyo objeto sea puramente informar de contenidos sindicales (STSJ de Castilla y León, de 04/07/2000, Rec.: 1333/2000).

<sup>28</sup> El art. 401 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial contempla un régimen asociativo para jueces y magistrados. Respecto de los fiscales, su régimen específico, también de carácter asociativo, se recoge en los arts. 54 y 59 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE N.º 11, de 13/01/1982). Este régimen asociativo quedará al margen de la LOLS.

<sup>29</sup> Se reconoce al Cuerpo de Policía Nacional el derecho de libertad sindical, pero remitiéndose a un régimen específico que se contiene en la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

<sup>30</sup> Acuerdo de 27 de marzo de 2006, adoptado por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta por el que se aprueba el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (BOE N.º 81, de 05/04/2006).

Española<sup>31</sup>, la STC de 27/07/1982 consideró su no inconstitucionalidad cuestión que permitiría al EBEP reconocer ese derecho al personal funcionario, con las excepciones que hemos planteado en el apartado anterior. Sin embargo, habría que advertir que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios va a quedar relegado al ámbito de las organizaciones sindicales no siendo una facultad de sus representantes unitarios (art. 33.1 EBEP), a diferencia de lo que ocurre con el personal laboral, en ámbitos menores (de empresa o inferiores, art. 87.1 LET<sup>32</sup>).

*El derecho a plantear conflictos colectivos.* A pesar de no existir, ni en el ámbito laboral ni en el administrativo una garantía expresa de planteamientos de conflictos colectivos, la jurisprudencia constitucional admitiría este derecho en su momento al entender que quién pudiera defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación colectiva o la huelga debería poder hacerlo mediante otra vía, legalmente prevista para ello, como la solución pacífica de conflictos colectivos (SSTC 70/1982 y 37/1983).

*Derecho a la presentación de candidaturas para las elecciones a órganos unitarios.* Por su parte, las organizaciones sindicales legalmente constituidas o sus coaliciones podrán presentar candidatos a las juntas de personal, comités de empresa y a delegados de personal (arts. 17.1 LOR y 69.3 LET). En el caso del personal laboral, la LET, además, deja cabida a las coaliciones formadas por 2 o más sindicatos, que presenten una denominación concreta y cuyos resultados serán atribuibles a la coalición.

*El derecho a la huelga.* A pesar de que la Constitución no reconoció este derecho de manera expresa a los funcionarios públicos<sup>33</sup>, tanto la STC de 08/04/1981 como expresamente el art. 15 c) EBEP, reconocieron el derecho si bien con la excepción de las Fuerzas Armadas y los Institutos Militares, Jueces, Magistrados y Fiscales y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Además, las organizaciones sindicales podrán llevar a cabo otra serie de facultades reconocidas en otras normas como el EBEP o la LOR:

1. *El establecimiento de las unidades electorales.* las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, a nivel de comunidad autónoma y las representativas (arts. 6 y 7 LOLS), junto con los órganos de gobierno de las administraciones públicas podrán modificar o establecer unidades electorales en función del número y peculiaridades que presenten sus colectivos, adecuándolas así a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación (art. 39.4 EBEP).
2. *Derecho a convocar asambleas o derecho de reunión* (art. 46 EBEP). Una de las acciones a las que tiene derecho el sindicato con respecto a la organización de sus bases dentro de la Administración Pública es a la convocatoria de reuniones, es decir, goza del derecho de reunión. En este caso, debemos entender que la disposición se refiere al conjunto de los empleados públicos ya que en su apartado primero apartado c) habla de “los comités de empresa” y en el apartado d) de “empleados públicos” como figuras legitimadas para convocar reuniones dentro de la Administración. Por tanto, cuando establece que estarán legitimadas para

---

<sup>31</sup> Hay que recordar que el art. 37.1 CE solo garantiza el derecho a la negociación colectiva a trabajadores y empresarios y no, de manera expresa, a empleados públicos y Administración.

<sup>32</sup> En estos ámbitos quedarán legitimados para negociar el comité de empresa, los delegados de personal o las secciones sindicales, si las hubiera siempre que en su conjunto sumen la mayoría del comité de empresa. Si dichas secciones sindicales sumasen la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal, si así acordasen, la intervención en la negociación colectiva corresponderá a ellas (art. 87.1 LET).

<sup>33</sup> “Se reconoce el derecho a huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses” (art. 28.2 CE).

convocar reunión las organizaciones sindicales, de manera directa o a través de los delegados sindicales, debemos entender que se refiere a todas las secciones sindicales con independencia del tipo de empleado que representen y del grado de representatividad que ostenten.

3. *Derecho a la promoción de celebración de elecciones.* Otra de las facultades, quizás la más importante, es la de promocionar la celebración de elecciones a representantes de los empleados públicos. Dicha facultad podrán llevarla a cabo (art. 43.1 EBEP y 67.1 LET): los sindicatos más representativos a nivel estatal, los sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma, siempre que la unidad electoral se encuentre en dicha comunidad autónoma, aquellos sindicatos que no ostenten la máxima representatividad pero que hubiesen conseguido, al menos, el 10% de los representantes de los empleados públicos en el conjunto de la Administración Pública y los sindicatos que hayan obtenido el 10% de los representantes en la unidad electoral de referencia. Esta facultad solo podrá llevarse a cabo siempre que exista acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos, los sindicatos que hayan conseguido, al menos, el 10% de la representación en el conjunto de las administraciones públicas y de los sindicatos que hubiesen obtenido, al menos, el 10% en el ámbito o sector correspondiente, dejándose fuera de esta decisión al conjunto de funcionarios pertenecientes a la unidad electoral afectada por las elecciones que, como órgano promotor, decidieran por mayoría promover las elecciones (art. 13.3 LOR y 67.1 LET).

### 3.4. La mayor representatividad sindical<sup>34</sup>

La implantación de la representatividad sindical es una acción propia de países en los que existe una pluralidad de organizaciones sindicales. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico español no ha podido sustraerse de este hecho. Tras la aprobación de la LOLS, la representatividad sindical se ha convertido en la pieza clave del régimen jurídico sindical ya que ha servido para poder seleccionar, de entre todas las organizaciones sindicales, aquellas con mejor y mayor capacidad<sup>35</sup>. Ello ha hecho que el modelo de representatividad sindical español confiera más protagonismo (a efectos tanto de participación como de acción sindical) a las organizaciones de amplia base territorial y funcional en detrimento de aquellas otras cuyo ámbito funcional sea más reducido y cuya base de implantación queda limitada a ciertos sectores productivos o a ciertos cuerpos de trabajadores<sup>36</sup>.

Los criterios legales para acreditar la mayor representatividad de las organizaciones sindicales son los siguientes, en función del ámbito territorial:

1. En el nivel estatal, la mayor representatividad puede lograrse por cualquiera de las 2 vías siguientes (art. 6.2 LOLS): acreditando en dicho ámbito, al menos, una especial audiencia del 10% de los miembros de la representación unitaria o mediante la irradiación, es decir, todos aquellos sindicatos menores que se encuentren afiliados, federados o confederados al sindicato más representativo a nivel estatal.

---

<sup>34</sup> Véase Navarro Nieto, F. *La representatividad sindical*. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

<sup>35</sup> Valdés Dal-Ré, F. "La representatividad sindical" en AA.VV., *Los sindicatos. Homenaje al profesor D. Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación* (L.E. de la Villa, e I. García-Perrote, Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 219 y 220.

<sup>36</sup> Criterio avalado en SSTC 53/1982, 65/1982, 98/1985, entre otras.

2. En el nivel autonómico, también la mayor representatividad se puede alcanzar por 2 vías (art. 7.1 LOLS): acreditando, al menos, una especial audiencia del 15% de los miembros de la representación unitaria correspondiente al mismo ámbito de actuación en términos relativos y de 1.500 miembros en términos absolutos y siempre que el sindicato no se encuentre afiliado, federado o confederado a una organización sindical de ámbito estatal o a través de la irradiación de la organización sindical más representativa en el ámbito de la comunidad autónoma a sus afiliados, federados o confederados.

El art. 6.3 LOLS enumera una serie de funciones atribuibles a los sindicatos más representativos a nivel estatal:

1. Ostentar la representación institucional ante las administraciones y organismos públicos de cualquier ámbito territorial (estatal, autonómico, provincial o municipal).
2. Participar en la negociación colectiva laboral tal como viene regulada en la LET.
3. Participación como interlocutores para determinar las condiciones de trabajo en la Administración Pública mediante los procedimientos de consulta o de negociación (EBEP).
4. Participación en los sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos de trabajo.
5. Promover las elecciones a órganos de representación unitaria.
6. Obtener cesiones temporales para el uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos establecidos por la Ley 4/1986, de 18 de enero.
7. Cualquier otra función representativa que se establezca.

Los sindicatos más representativos a nivel autonómico tendrán capacidad para ejercer las mismas funciones y facultades que los estatales, en su ámbito autonómico, además de ostentar la representación institucional ante la Administración Pública estatal, sus organismos y entidades [art. 7.1 a) LOLS]. Por lo tanto, existe una paridad de trato funcional, entre los sindicatos más representativos, lo que implica que, en su correspondiente territorio, estos sindicatos podrán ejercer cada uno de los derechos que establece el art. 6.3 LOLS.

### **3.5. El sindicato representativo del sector**

El art. 7.2 LOLS establece el régimen jurídico de un modelo de sindicato que no puede tener la consideración de más representativo y cuya representatividad va a centrarse en un determinado ámbito territorial o funcional. Para que esto sea posible necesitará acreditar, en dicho ámbito, al menos, el 10% de los miembros de la representación unitaria, pudiendo ejercitar así las siguientes funciones (art. 7.2 y 6.3 LOLS): participar en los procesos de negociación colectiva, participación como interlocutores para determinar las condiciones de trabajo en la Administración Pública mediante los procedimientos de consulta o de negociación (EBEP), participación en los sistemas no jurisdiccionales de resolución de conflictos, la promoción de elecciones para órganos de representación unitaria, cualquier otra función que se establezca.

Quedan fuera del alcance de las funciones de este tipo de sindicato la posibilidad de realizar estas otras dos, reservadas para la mayor representatividad: ostentar la



representación institucional ante las administraciones y organismos públicos y la cesión temporal para el uso de bienes inmuebles. Con respecto a esta cuestión, el art. 3 de la ley 4/1986, de 8 de enero, moderó en su momento la regla del art. 6.3 f) LOLS atribuyéndoles a los sindicatos más representativos un derecho de preferencia y no de exclusión, abriendo con ello a los sindicatos representativos, la posibilidad de acceder al uso de los bienes inmuebles.

### 3.6. La representación sindical en el ámbito de la Administración Pública

El derecho de libertad sindical faculta también que el sindicato pueda materializarse y llevar a cabo la acción sindical en la Administración Pública a través de los delegados sindicales y de las secciones sindicales.

#### 3.6.1. Las secciones sindicales

Podríamos definir a las secciones sindicales como las instancias que, formando parte de la estructura interna del sindicato, agrupan a los empleados públicos afiliados a este, dentro de la empresa o centro de trabajo (unidad administrativa correspondiente)<sup>37</sup> y a la que la ley le concede una serie de garantías para su correcto desarrollo de la actividad sindical<sup>38</sup>. En este sentido, las secciones sindicales pueden estar presentes en cualquiera de los ámbitos posibles: Administración General del Estado, administraciones autonómicas, entidades locales, organismos autónomos, empresas públicas, Administración de Justicia, etc. Y ello porque la LOLS ha creado una interdependencia entre la representación unitaria y la sindical que se origina en el hecho de que, para que las secciones sindicales puedan gozar de sus derechos y prerrogativas en el desarrollo de su acción sindical (como designar a delegados sindicales), aquellas han de tener representación en los órganos unitarios, por lo que debemos pensar que los ámbitos de actuación de los órganos unitarios regulados en el RD-Ley 20/2012 y en la LOR, regirán para las secciones sindicales.

Por lo tanto, la creación de secciones sindicales dependerá de que los propios empleados públicos, afiliados a un ente sindical, así lo decidan (art. 8.1 LOLS) 2 LOLS). Como podemos observar, la LOLS atribuye la creación de secciones sindicales a los empleados públicos afiliados al sindicato y no al sindicato en sí, por lo que el derecho de crear secciones sindicales se aleja de la capacidad de representatividad y de implantación que haya generado el sindicato. Esta idea conecta con la expresada por el Tribunal Supremo en su día cuando decía que las secciones sindicales llevaban a cabo su actividad sindical, no porque le viniese derivada de una atribución previa del sindicato, sino porque la demanda se originaba en el seno de sus afiliados<sup>39</sup>. La LOLS no exige una cuantía mínima de afiliados al ente sindical, lo que implica que cualquier sindicato que cumpla con las exigencias legales y tenga afiliados en el centro de trabajo podrá tener una sección sindical. Ahora bien, el sindicato ha de gozar de personalidad jurídica, plena capacidad de obrar y haber depositado sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto.

El art. 8.2 LOLS establece 3 tipos de derechos en favor de las secciones sindicales de aquellos sindicatos más representativos y de aquellos que cuenten con miembros en los órganos unitarios de representación unitaria (comités de empresa, delegados de personal o juntas de personal):

<sup>37</sup> Para el ámbito de la Administración General del Estado remitimos lo que el apartado 6 del Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado, de 30 de mayo de 2017 (BOE N.º 159, de 05/07/2017), establece sobre lo que hay que entender por “centro de trabajo”.

<sup>38</sup> Roqueta Buj, R., *Derecho del...* op. cit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 607.

<sup>39</sup> Véanse STS de 03/04/1995 (Rec.: 7307/1992) y STS de 02/12/1997 (Rec.: 2400/1994).

- a) Derecho a un tablón de anuncios a situarlo en el centro de trabajo y en un lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los funcionarios<sup>40</sup>.
- b) Derecho a la utilización de un local adecuado en aquellas unidades administrativas que cuenten con más de 250 empleados públicos. En este sentido, no se garantiza un uso exclusivo del local para cada sección sindical, sino que deberá ser utilizado por todas<sup>41</sup>.
- c) Derecho a la negociación colectiva en los términos que establezca la legislación correspondiente. En este sentido, el EBEP reserva esta facultad al titular de la representación sindical: el sindicato<sup>42</sup>.

### 3.6.2. Los delegados sindicales

El art. 10.1 LOLS establece que las secciones sindicales que puedan constituirse estarán representadas por la figura del delegado sindical, elegido por y entre sus afiliados, siempre que se den los siguientes requisitos: que en la unidad administrativa correspondiente que sirva de base para crear la sección sindical<sup>43</sup> se dé ocupación, al menos, a 250 trabajadores y que la sección sindical pertenezca a un sindicato que tenga presencia en la junta de personal.

El número de delegados sindicales establecido por la LOLS supone una disposición de mínimos que podría ser mejorable por acuerdo o por convenio colectivo (STS de 14/09/2009, Rec.: 343/2006). A falta de estos acuerdos específicos, los sindicatos que hayan obtenido el 10% de los votos en las elecciones a juntas de personal o a comités de empresa podrán tener acceso al número de delegados sindicales que se presenta en la siguiente escala, en función del número de empleados públicos (art. 10.2 LOLS): De 250 a 750 funcionarios: 1 delegado sindical. De 751 a 2.000 funcionarios: 2 delegados sindicales. De 2.001 a 5.000 funcionarios: 3 delegados sindicales. De 5.001 funcionarios en adelante: 4 delegados sindicales. Las secciones sindicales de sindicatos que no logren obtener el 10% de los votos en las elecciones a representantes unitarios, solo optarán a la representación de un delegado sindical (art. 10.2 LOLS).

En cuanto a las garantías de los delegados sindicales, tendrán las mismas que las establecidas para los miembros de los comités de empresa o de las juntas de personal, formen o no parte de dichos órganos de representación unitaria. Además, la LOLS concede unos derechos y la posibilidad, al igual que pasaba con las secciones sindicales, de que por convenio colectivo se pudieran ampliar (art. 10.3 LOLS):

- a) Acceso a la información que la administración ponga a disposición de los miembros de la junta de personal o del comité de empresa, debiendo los delegados sindicales guardar el debido sigilo profesional que vimos para la representación unitaria. Este derecho debemos pensar que se extiende a cualquier supuesto de consulta obligada a la representación unitaria, cuando el asunto implique una medida de carácter colectivo.

<sup>40</sup> STS de 15/02/1995 (Rec.: 1408/1994).

<sup>41</sup> STS de 24/09/1996 (Rec.: 3170/1995) y STS de 03/02/1998 (Rec.: 888/1997).

<sup>42</sup> Véanse arts. 33.1, 35.1 y 2 o 36.1 EBEP.

<sup>43</sup> La STS de 18/07/2014 (Rec.: 91/2013) consagra la idea de que "la determinación del ámbito de la sección sindical corresponde definirlo al propio sindicato como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical ex art. 28.1 CE". Esta misma idea ha sido mantenida por SSTS de 30/01/2015 (Rec.: 3221/2013), de 23/09/2015 (Rec.: 253/2014) o de 11/01/2017 (Rec.: 11/2016).

- b) Derecho de asistencia a las reuniones de los comités de empresa y juntas de personal y de los órganos internos de la Administración Pública, en materia de seguridad e higiene, con voz, pero sin voto.
- c) Derecho de audiencia previa a la adopción, por parte de la Administración de medidas de carácter colectivo que afecten a los empleados públicos en general y a los afiliados a su sindicato en particular, haciendo un especial inciso la ley en materia de despidos y sanciones, lo cual no significa que el derecho de audiencia quede relegado solo a estas dos cuestiones.

#### 4. LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL<sup>44</sup>

Desde un primer momento, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL)<sup>45</sup> contempla la obligación de la previa consulta empresarial a los trabajadores en la adopción de decisiones en materia relacionada con la seguridad y salud de los trabajadores (art. 33 LPRL). Del mismo modo, la LPRL reconoce a los trabajadores el derecho a participar en la empresa en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales y para ello, se establece que se lleve a cabo a través de los representantes de los trabajadores, cuando las empresas o centros de trabajo así los hayan designado (art. 34.1 LPRL). Advierte la LPRL que este derecho de participación será igualmente ejercido en el ámbito de la Administración Pública con las adaptaciones evidentes que sean necesarias derivadas tanto de la diversidad de actividades que puede acometer las distintas administraciones como de la compleja estructura organizativa y sus peculiaridades en materia de negociación colectiva (art. 34.3 LPRL).

Tanto los arts. 19.3 y 64 LET facultan a los representantes unitarios determinadas competencias para poder desempeñar determinadas tareas de representación con referencia al ámbito de la seguridad y la salud laboral de los trabajadores<sup>46</sup>. De hecho, el art. 34.2 LPRL establece de manera específica que, tanto a la representación unitaria como a la sindical y en los términos que les reconozcan sus respectivas normas reguladoras (LET, LOR y LOLS), les corresponde la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Para ello, ejercerán competencias en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes más específicamente. Sin embargo, la Directiva Marco sobre Prevención de Riesgos Laborales<sup>47</sup> y su ley de transposición, regularon un tipo de representación específica en materia de prevención de riesgos laborales: los delegados de prevención (art. 35 LPRL).

<sup>44</sup> Véase Gómez Caballero, P. *La participación de los trabajadores y los funcionarios en la prevención de riesgos laborales*. Mergablum, Sevilla, 2003.

<sup>45</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE N.º 269, de 10/11/1995).

<sup>46</sup> En materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes (art. 34.2 LPRL).

<sup>47</sup> Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE)*, DOCE L 183/1, de 26/09/89.

## 4.1. Los delegados de prevención

### 4.1.1. Concepto y designación

Los delegados de prevención son los representantes de los “trabajadores” que van a desarrollar funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales (art. 35.1 LPRL). El concepto de “trabajadores” en esta definición hay que entenderlo referido al conjunto de empleados públicos que prestan sus servicios en una administración pública ya que la designación del delegado de prevención va a ser producto de la participación conjunta de los representantes del personal laboral y del personal funcionario [art. 34.3 d) LPRL].

En este sentido, la escala numérica de los delegados de prevención es única para toda la plantilla, configurándose en función de su tamaño en el ámbito físico de referencia en el que ejerzan su acción los órganos de representación (STS de 19/01/2011, FJ4, Rec.: 102/2009). De conformidad de lo dispuesto en los arts. 34.2 y 35.2 LPRL, los delegados de prevención serán designados por y entre los representantes del personal (representación unitaria y sindical), conforme a la siguiente escala: De 50 a 100 trabajadores: 2 delegados de prevención. De 101 a 500 trabajadores: 3 delegados de prevención. De 501 a 1.000 trabajadores: 4 delegados de prevención. De 1.001 a 2.000 trabajadores: 5 delegados de prevención. De 2.001 a 3.000 trabajadores: 6 delegados de prevención. De 3.001 a 4.000 trabajadores: 7 delegados de prevención. De 4.001 en adelante: 8 delegados de prevención.

En las unidades administrativas de hasta 30 trabajadores el delegado de prevención será el propio delegado de personal y en aquellas en las que la plantilla tenga un número de trabajadores de entre 31 y 49 trabajadores corresponderá un delegado de prevención elegido por y entre los delegados de personal (art. 35.2 LPRL). La DA4ª LPRL contempla un supuesto especial para aquellos centros de trabajo que carezcan de representantes de los trabajadores por no existir trabajadores con la antigüedad requerida por la ley para ser electores o elegibles en las elecciones a representantes unitarios, en cuyo caso, los trabajadores podrán elegir por mayoría a un trabajador para que ejerza como delegado de prevención y cuya actuación cesará en el momento en que la plantilla comience a alcanzar la edad requerida para participar en los procesos electorales. A diferencia de lo que ocurre con la normativa que regula la representación unitaria, la LPRL concede la oportunidad de que, por convenio colectivo, se pueda establecer otro sistema de designación de delegados de prevención, siempre que se garantice la facultad de designación a los representantes del personal o a los propios empleados públicos (art. 35.4 LPRL). Sin embargo, la norma no establece nada en referencia al sistema de elección (criterio mayoritario, proporcional, etc.)<sup>48</sup>.

### 4.1.2. Competencias y facultades

Los derechos que les son propios a los delegados de prevención podrían agruparse en los siguientes apartados:

---

<sup>48</sup> En este sentido, el criterio jurisprudencial ha sido variado, aunque el Tribunal Supremo ha venido decantándose por los acuerdos mayoritarios [SSTS de 15/06/1998 (Rec.: 4863/1997), de 14/06/1999, (Rec.: 3997/1998)].

*Derechos informativos.* Los delegados de prevención tienen derecho a acceder a la información y a la documentación relacionada con las condiciones de trabajo necesarias para el ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que prevé el art. 22.4 LPRL<sup>49</sup> [art. 36.2 b) LPRL]. Este derecho alcanzará a los siguientes aspectos:

1. Riesgos para la seguridad y salud de los empleados públicos, las medidas y actividades de prevención, las medidas de emergencias que se tengan previsto adoptar (art. 18 LPRL), la evaluación de los riesgos y la planificación de la acción preventiva, el resultado de los controles de condiciones de trabajo, la relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, etc. (art. 23 LPRL).
2. Daños producidos en la salud de los empleados públicos [art. 36.2 c) LPRL], es decir, toda enfermedad, patología o lesión que aparezca con motivo u ocasión del desempeño del servicio público (art. 4.3 PRL). Hay que tener en cuenta que la comunicación de la información deberá de producirse tan pronto como la Administración tenga conocimiento de esta, pudiendo los delegados de prevención presentarse en el lugar de los hechos, incluso en horario excedido del establecido para su jornada laboral.
3. Información que obtenga la Administración procedente de los órganos y de las personas encargadas de la actividad de protección y prevención en la empresa, así como de otros organismos competentes en materia de seguridad y salud de los trabajadores [art. 36.2 d) LPRL].
4. Subcontratación de obras y servicios, en los supuestos de concurrencia empresarial (art. 15 RD 171/2004, de 30 de enero<sup>50</sup>), especialmente en materia de prevención de riesgos laborales<sup>51</sup> (art. 42.4 e) y .5 LET).

*Derechos de propuesta.* Los delegados de prevención tienen derecho a proponer a la Administración o al comité de seguridad y salud la discusión y la adopción de medidas preventivas para la mejora de los niveles de protección de la salud y seguridad de los empleados públicos [art. 36.2 f) LPRL]. Así mismo también tienen derecho a proponer a la representación unitaria la paralización de las actividades cuando los empleados públicos queden expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo [art. 36.2 g) LPRL].

*Derechos en materia de comunicación y actuación.* Los delegados de prevención están facultados para acompañar a los técnicos encargados de efectuar las evaluaciones de carácter preventivo en materia del medio ambiente del trabajo, así como a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en las actuaciones y visitas que realice en el centro de trabajo con el objeto de comprobar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, pudiéndoles formular, ante ambos, las observaciones que estimen convenientes [art. 36.2 a) LPRL]. Por su parte, podrán realizar funciones de vigilancia y control del cumplimiento de las condiciones de trabajo, accediendo a cualquier zona del

---

<sup>49</sup> Se refiere al tratamiento de datos relacionados con la salud de los trabajadores y su adecuada utilización evitando, así, que se puedan producir actos discriminatorios o perjudiciales para el trabajador o su acceso limitado al personal médico y a las autoridades sanitarias salvo que se produzca un consentimiento expreso del trabajador, pudiendo eso sí tanto el empresario como los delegados de prevención acceder a las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos.

<sup>50</sup> Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE N.º 27, de 31/01/2004).

<sup>51</sup> En defecto de delegados de prevención, la información será remitida a los órganos de representación unitaria (art. 15.1 RD 171/2004, de 30 de enero).

centro de trabajo y pudiendo comunicar con los empleados públicos durante la jornada de trabajo siempre que no se altere el normal desarrollo de la actividad productiva [art. 36.2 e) LPRL].

#### *4.1.3. Garantías y deberes*

Al formar parte de los órganos de representación unitaria, a los delegados de prevención se les atribuyen las mismas garantías para poder desarrollar sus funciones que a los delegados de personal o a los miembros de los comités de empresa y juntas de personal (art. 37.1 LPRL). La Administración quedará obligada a proporcionar los medios y la formación debida a los delegados de prevención para poder desempeñar sus funciones de manera efectiva. Este tiempo dedicado a formarse será considerado como tiempo de trabajo, a todos los efectos (art. 37.2 LPRL). Con respecto al sigilo profesional, a los delegados de personal les será aplicable las mismas disposiciones que a los representantes unitarios (art. 37.3 LPRL).

## **4.2. El Comité de Seguridad y Salud**

### *4.2.1. Concepto*

El derecho a la participación a través del comité de seguridad y salud se restringe a las unidades administrativas que cuentan con 50 o más trabajadores (art. 38.2 LPRL). A este respecto, el TS ha considerado que también puede crearse un comité de seguridad y salud en aquellos centros de trabajo que cuenten con más de 50 trabajadores siempre que el ámbito de representación del comité de empresa (o junta de personal) supere los 2.000 trabajadores (STS de 03/12/1997, Rec.: 1087/1997).

El comité de seguridad y salud es el segundo órgano, a través del cual se materializa el derecho de los empleados públicos a participar en los asuntos relativos a la prevención de los riesgos laborales. En este sentido, es un órgano paritario y colegiado destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la Administración en materia de prevención de riesgos laborales (art. 38.1 LPRL). Hay que advertir que, a pesar de todo, no resulta un órgano puro de representación ya que, por un lado, tiene una naturaleza mixta, es decir, resulta participado tanto por los representantes de los trabajadores como por representantes del empresario, a partes iguales<sup>52</sup> (art. 38.2 LPRL). Por otro lado, es un órgano, eminentemente de consulta, lo que significa que dicha facultad está destinada a beneficiar tanto a empleados públicos como a la propia Administración Pública. El número de componentes del comité de seguridad y salud va a depender del número de delegados de prevención que haya en la unidad administrativa. En las reuniones del comité participará con voz, pero sin voto los delegados sindicales y aquellos responsables técnicos de la prevención que no formen parte del comité (art. 38.2 LPRL).

---

<sup>52</sup> Llamamos la atención del lector sobre el matiz que el legislador precisa en el apartado 2 del art. 38 cuando habla de la relación entre el número de delegados de prevención y el número de representantes de la empresa (“en número igual”) con respecto al margen de ambigüedad que plantea el art. 34.3 d) LPRL en referencia a los representantes de la Administración (“en número no superior al de delegados”), por lo que entendemos que la tendencia será la de equiparar el número de representantes de la Administración Pública con el de delegados de prevención.

#### 4.2.2. Competencias y facultades

Al comité de seguridad y salud le corresponde las siguientes competencias (art. 39.1 LPRL):

- a) Participar en la elaboración y en la puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos laborales de la empresa, es decir, los proyectos relativos al plan de prevención, a la evaluación inicial de los riesgos y su actualización, a la planificación de la actividad preventiva, a la formación de los trabajadores, etc. También se llevará a cabo en el seno de este órgano la discusión sobre la elección del servicio de prevención y su gestión por las entidades especializadas.
- b) La promoción de iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes, es decir, se configura como un órgano asesor del empresario en materia de seguridad y salud laboral.

Para poner en práctica todas estas competencias, el legislador provee al comité de seguridad y salud de las siguientes facultades (art. 39.2 LPRL):

1. Conocer directamente la situación relativa a la prevención de los riesgos laborales en el centro de trabajo, pudiendo realizar para ello las visitas que sean oportunas.
2. Conocer cuántos documentos e informes sean necesarios relativos a las condiciones laborales y de prestación de servicios, así como los precedentes de la actividad del servicio de prevención.
3. Conocer los daños que se hayan producido en la salud y en la integración física de los empleados públicos, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas oportunas.
4. Conocer e informar de la memoria y de la programación anual de los servicios de prevención.
5. En caso de concurrencia de empresarios, entre los comités de seguridad y salud podrán acordar las reuniones conjuntas o cualquier otro tipo de medida coordinada para analizar la eficacia de los medios de coordinación en materia de seguridad y salud utilizados por las empresas (art. 39.3 LPRL).

**EL DESPIDO COLECTIVO PÚBLICO: METAMORFOSIS HACIA UN AVATAR  
TRAS UNA DÉCADA DE EXPRESA VIGENCIA NORMATIVA**

ARACELI VALLECILLO ORELLANA

*PROFA. ASOC. DRA. Departamento Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.*

Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO PÚBLICO
3. DEROGACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO PÚBLICO



## 1. INTRODUCCIÓN

La contención de la temporalidad en el empleo público se ha venido convirtiendo, desde la reforma laboral española de 2011 en un acicate jurídico que intenta conseguir una efectiva estabilidad del empleo en dicho ámbito, si bien el yugo del contrato indefinido no fijo-INF- y del *Despido Colectivo Público* está dejando una impronta que parece perdurable frente a la contención del empleo temporal, máxime, si no se atiende al rigor con el que calibra la normativa europea la posibilidad de despedir a empleados públicos contratados laborales. Ello significa una continua presencia de la institución *Despido Colectivo Público* en el seno de las Administraciones Públicas, a pesar de la derogación expresa de la institución según los dictados que venía marcando la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>1</sup>.

Este contexto nos hace presumir un considerable cambio de paradigma en la naturaleza jurídica de la institución despido colectivo aplicable en el ámbito empleador administrativo, lo que conllevaría pasar de ser ésta una figura de reestructuración interna en el contexto circunstancial habitual de la Administración Pública, a ser una medida de flexibilidad externa para ella, cual empleador privado se tratase. Aunque ello podría suponer, a priori, un aspecto de poca consideración especial, atisbamos cierta importancia en dicho acontecer cuando la jurisprudencia europea muestra específico interés en dejar patente el efectivo espíritu normativo que supone la limitación de la temporalidad en el empleo de todos los ámbitos económicos, incluido el ámbito público administrativo, que proclama la Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada<sup>2</sup> y la especial interpretación de contención del empleo existente que ofrece la Ley 20/2011, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público<sup>3</sup>.

La naturaleza jurídica del empleado público contratado temporal, versus la naturaleza jurídica del empleado público INF, ambos susceptibles de ser despedidos, unidos a la contextualización temporal y circunstancial en la que surgen y perviven, nos muestran una inicial realidad normativa no acorde con la global estabilización de todo empleado público contratado laboral por parte de la Administración Pública. Por el contrario, ambas naturalezas jurídicas no muestran una realidad más acorde con una, más que posible, desaparición del personal contratado laboral de carácter temporal antes de la llegada del término de su contrato, mediante el instrumento extintivo laboral que supone el despido y, en concreto, el despido colectivo, bien en su acepción genérica, bien en la contextualización pública que proclamó la normativa reformadora laboral del año 2012.

En este contexto, debemos atender, por un lado, a la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos<sup>4</sup>, aplicada también a los empleados públicos sujetos a normativa laboral común<sup>5</sup>, quien reconoce a los Estados Miembros «la facultad

<sup>1</sup> BOE Núm. 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>2</sup> DOCE L 175/43, de 10 de julio de 1999.

<sup>3</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2011.

<sup>4</sup> DOUE, serie L núm. 225 de 12 de agosto de 1998.

<sup>5</sup> A efectos del concepto de trabajador extraído de la Directiva 98/59/CE, la STJUE, Sala Primera, de 9 de julio de 2016, Asunto C-229/14, Balkaya, resulta relevante y novedosa tras la expresa negativa de la norma a la aplicación de sus preceptos al genérico empleado público, tomando dicha sentencia en su consideración como trabajador en el Derecho Europeo, a toda persona sometida profesionalmente a una dirección organizativa de quien le ofrece un elemento retributivo, erigiendo a éste como elemento definidor de la relación laboral. A este respecto indica la citada STJUE que «la

*de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para ellos»* no obstante vertebrar dicha protección de los trabajadores en un contexto de desarrollo económico y social de la Comunidad en la que se encuentren insertados. Con ello, la finalización de la relación laboral pasa a ser un hecho implícito al funcionamiento de mercado del que participa la propia Administración, quedando, igualmente, sujeta al objeto de evitar o reducir los despidos (art. 5 Dir. 98/59), o, en caso de imposibilidad acreditada, atenuar sus consecuencias a través de medidas sociales de acompañamiento (art. 2.2 Dir. 98/59).

Por otro lado, debemos atender al ámbito empleador de la Administración Pública, cuyo elemento circunstancial implícito al despido adquiere una diferente dimensión al despido colectivo del sector privado, ante el factor servil que promueve toda la actuación de la Administración Pública. En ella, la continuidad laboral, queda enmarcada, no tanto en unas causas procedentes del devenir del mercado, sino, en su esencia, en una serie de principios de actuación que encorsetan a toda la actuación administrativa de principio a fin, de modo que ésta queda pergeñada en un iter procedimental del que no puede salir sin contravenir preceptos ordenadores normativos. En consecuencia, no resulta ser la voluntad de la parte empleadora, movida por circunstancias directivas y organizativas adversas, la detonante del proceso finalizador de la relación laboral del empleado público contratado laboral, sino, por el contrario, la disponibilidad procedimental de llevar a término unos objetivos sociales previamente marcados.

Con ello, a través de estas líneas, intentamos calibrar la posible eficacia de la institución despido colectivo en el ámbito público administrativo ante la limitación de la temporalidad, y consecuente transformación en relación laboral permanente, de las relaciones laborales temporales existentes en dicho ámbito público a la entrada en vigor de la Ley 20/2021, según los requisitos por dicha norma establecidos, a su vez, siguiendo los requisitos marcados por la normativa europea- Directiva 99/70/CE-. Ello en contraposición a la expresa derogación de la figura del despido colectivo de 2012 que proclama, una década después, el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo<sup>6</sup>.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO PÚBLICO

### 2.1. Conceptualización y contextualización

La consideración de que la Administración Pública siempre tiene en sus manos la adopción de medidas menos traumáticas que las correspondientes a la pérdida del empleo de sus trabajadores, por lo que puede adoptar otras medidas alternativas en evitación de despidos, nos lleva a tener en cuenta que el ejercicio de este instrumento de flexibilidad laboral supone, para el concreto ámbito administrativo público, intensificar las facultades de gestión empresarial, posibilidad que no recoge ni la normativa propia de Derecho

---

*retribución que perciba el trabajador debe de proceder directamente del empleador para el que la actividad sea desempeñada en la empresa, debiendo, además, ser catalogada la relación como laboral» (apartado 34).*

<sup>6</sup> BOE, de 30 de diciembre de 2021.

Administrativo, ni la específica legislación laboral a la que se someten cuando se relacionan profesionalmente con personal laboral<sup>7</sup>.

Cuando en la Administración Pública concurren las causas propias de los despidos éstos se han podido efectuar conforme a la legislación laboral, sin que nada de especial se haya previsto para dicho entorno Público, por lo que la gestión laboral de los recursos humanos contratados laborales ha quedado sometida al ámbito laboral común, tanto para cuando la contratación laboral ha sido para cubrir temporalmente plazas de naturaleza administrativa como para cuando las plazas cubiertas lo son *per se* de naturaleza jurídica laboral<sup>8</sup>.

El capital humano contratado laboral de la Administración Pública debe suponer un elemento relevante de presencia y actuación pública en interés general pero no un elemento consustancial a la actividad prestacional de la economía de mercado por cuanto la presencia de personal laboral en el ámbito administrativo supone una presencia residual al quedar sentado de este modo, tras la STC 99/87, de 11 de junio, por la que se declaran inconstitucionales, con la consiguiente anulación, determinados artículos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública<sup>9</sup>, que el personal laboral en la Administración Pública supone la excepción al reducirlos de modo sustancial a los ámbitos de oficios, siempre y cuando no existiesen cuerpos o escalas de funcionarios para tales labores y siempre que no ejerciesen potestades de autoridad<sup>10</sup>.

Desde la vertiente normativa no se viene asumiendo que la reducción del empleo en la Administración Pública se erija en última medida extrema a adoptar, dado que no sólo se admite cuando no quepan medidas alternativas de menor daño, si no que, al afectar a un empleo considerado *residual*, y no afectar a las terminaciones *in tempore*, no tiene por qué ser una medida imprescindible que contribuya a obtener la superación o supervivencia del objeto social y competencial propio de la parte empleadora<sup>11</sup>, si no que la función asistencial temporal objeto de los contratos laborales temporales termina por una, o varias, circunstancias sobrevenidas, afectantes a la parte empleadora que motiva el sacrificio, en primer lugar, de las relaciones laborales menos estables.

<sup>7</sup> Vid. análisis realizado sobre la incidencia del Derecho Administrativo y del Derecho laboral en el despido colectivo del año 2012 por Castillo Blanco, F.A., “¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho laboral? Una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral”, Revista de Administración Pública, 190, Madrid, Enero-abril, 2013, pp. 309-347.

<sup>8</sup> Distinción de naturaleza jurídica de empleados públicos contratados laborales efectuada, entre otras, por, Cfr. STS 777/2020, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2020 (Rec. 154/2018).

<sup>9</sup> Rec. 763/1984. BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987.

<sup>10</sup> El artículo 9.2 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (LEBEP), al no establecer una regulación específica de puestos tasados reservados a funcionarios, si no derivar a las respectivas normativas de desarrollo de cada Administración Pública (autonómicas) el desarrollo de las funciones correspondientes a cada tipología de empleados públicos con la limitación de las que supongan «*la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones*», perdió la ocasión de delimitar con mayor precisión la tipología de empleos de la Administración Pública de carácter general, por cuanto diversos factores de agilidad y no necesidad de ejercicio de potestades públicas de autoridad, hacían factible la vía de la contratación laboral como modo de acceso al empleo público. A pesar de ello, la Disposición Adicional segunda de la LEBEP reserva, exclusivamente para el ámbito local, las «*funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios*», cuales son «*las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería*», delimitación precisa que bien podría haberse hecho extensiva a la totalidad de Administraciones Públicas para, entre otras consecuencias, haber frenado la excesiva laboralización de funciones públicas que se han venido manteniendo con excesivo matiz temporal, tanto de naturaleza propia como de ocupación por personal contratado laboral temporal.

<sup>11</sup> STS, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2002 (RJ 2623).

No obstante, al empleador Administración Pública le corresponde, al igual que al empresario privado, valorar cuales sean las medidas más adecuadas para la gestión interna de sus recursos humanos, por cuanto queda sujeto a una motivación causal para proceder a ejecutar tales acciones extintivas.

### 2.1.1. Antecedentes normativos. Especial incidencia detonante

La posibilidad de extinguir contratos laborales efectuados en el ámbito público administrativo alegando causas de empresa, se había venido canalizando a través de la normativa laboral común por cuanto en ninguna normativa se había venido objetando la aplicación en el sector público administrativo de las clásicas causas del artículo 52 ET, según las formalidades del artículo 53 ET. La posibilidad de despedir de modo colectivo a empleados públicos contratados laborales por causas ETOP quedaba expresamente permitida en términos legales desde el reconocimiento de la condición de empleador laboral a los entes conformadores del sector público, así como a la propia Administración General de cada territorio, según el concepto de empleador o empresario utilizado en la normativa laboral común (art. 1.2 ET), por lo que, la aplicabilidad de la normativa laboral privada, se venía tomando en consideración *in extenso*, también en el sector público y, en concreto, en la Administración Pública, incluida la figura del despido colectivo, desde antes de la reforma laboral del año 2012<sup>12</sup>, si bien las causas de empresa, con especial relevancia las económicas, quedaban específicamente marcadas por las disponibilidades presupuestarias que realizan anualmente las consecuentes Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

En el concreto ámbito contractual laboral de la Administración Pública, empero, sí se había venido especificando la posibilidad de aplicar una específica causa económica cuando la financiación de la que disponía ésta para el ejercicio de algunos servicios públicos, procediese de financiación externa. Posibilidad recogida con anterioridad a la reforma laboral de 2012 a través del precepto e) del art. 52 ET<sup>13</sup>.

A pesar de la naturaleza deficitaria con la que nacen la generalidad de los servicios públicos que presta la Administración pública, la situación negativa que pueda presentar ésta no debe equipararse sin más con la de cualquier empresa privada que opera en las oscilaciones del mercado. Antes bien, deben concurrir verdaderas, especiales y extraordinarias circunstancias que justifiquen y permitan entender razonable la medida extintiva en un ámbito tan singular como es el de una Administración Pública<sup>14</sup>. Desde esta consideración, la causalidad del despido en la Administración Pública resulta valorada, desde el prisma de la unidad de empresa en su conjunto, no siendo suficiente con advertir la existencia de dificultad económica exclusivamente en un departamento o centro de

---

<sup>12</sup> Vid. a este respecto, Martín Valverde, A. “Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral* 14, 2004, pp. 3 y ss. Posibilidad, del mismo modo avalada por la doctrina jurisprudencial. Cfr., a título de ejemplo, STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 1998 (Rec. 151/1998), relativa a despidos efectuados a personal de oficios que efectuó el Ayuntamiento para el que estaban contratados, y STS, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 1999 (Rec. 2138/1998), relativa a extinciones contractuales tras ocupación de plazas de personal cualificado al celebrarse proceso selectivo.

<sup>13</sup> Vid, entre otros autores, el detallado análisis que, a colación de la introducción del apartado e) al art. 52 ET realiza Alemán Páez, F. “El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales”, *Revista La Ley* 5912/2002, pp. 6 y ss. Para el autor la inclusión normativa permitió introducir en el aspecto extintivo contractual laboral a entidades que institucionalmente no son delimitadas con suficiente claridad, circunstancia que tampoco logró la citada normativa por cuanto el precepto, considera, se está refiriendo a sujetos encuadrados dentro de los programas públicos de empleo, personificados en los SIPES, Talleres de Empleo o, incluso, en los Fondos de Promoción de Empleo.

<sup>14</sup> STSJ Cataluña, Sala Social, de 9 de marzo de 1999 (AS 384).

trabajo por cuanto la literalidad de la norma prescribe la situación económica negativa de la empresa en cuanto totalidad (art. 51.1 ET).

Las vías extintivas previstas en los artículos 49.1.c) ET- para las extinciones de contrataciones de carácter temporal, en general-, así como, para las extinciones previstas en el art. 49.1.1) ET, desarrollado en el art. 51- para las extinciones afectantes a un volumen determinado de trabajadores, en un período de tiempo concreto<sup>15</sup>, así como, por la existencia de unas causas concretas-, y para las extinciones de menor volumen de trabajadores previstas en el art. 52 c), todas ellas, “ *fueron concebidas por el legislador para que tuviesen su ámbito de aplicación situado en el contexto empresarial y no en el ámbito de la Administración Pública* ”<sup>16</sup>. Al entenderse que la Administración no competía en el ámbito del mercado, si no que se desenvolvía en el prestacional de servicio público y, en consecuencia, no debía tener problemas de supervivencia o viabilidad económica, la capacidad gestora y organicista empresarial, se seguía entendiendo, en la praxis, como no posible en las entidades del sector público cuya actuación quedaba basada en disposición genérica y pública de servicio hacia el ciudadano objeto de su amparo, y no en actuaciones de ámbito empresarial basadas en la economía de mercado.

Dado que el contexto económico existente en el momento de regulación del *Despido Colectivo público* era lo suficientemente precario como para racionalizar las partidas económicas necesarias para los fines serviles existentes, al denotar muchos de ellos falta de liquidez<sup>17</sup>, los problemas de financiación de dichos servicios públicos, motivados por la caída de ingresos económicos o por el rebasamiento de los límites impuestos a la contención del gasto de políticas expansivas, la mayoría de calado social, motivaron, a su vez, un «*caos financiero y presupuestario que ha invadido al sector público español en los últimos tiempos*»<sup>18</sup>.

En el concreto contexto circunstancial de déficit económico que circundaba por los años 2008-2012, se habían venido adoptando medidas reduccionistas de diverso calado en la Administración Pública, precisamente, con la intención de paliar el gasto que ésta estaba soportando en la prestación de sus servicios y ante la crisis económica y financiera que estaba afectando con especial incidencia a los sectores económicos privados. A

<sup>15</sup> Al respecto, la STJUE, de 13 de mayo de 2015, Rabal Cañas, reconoce que el art. 1, apartado 1 de la Directiva 98/59/CE, debe interpretarse en el sentido de que «*para apreciar si se ha llevado a cabo una “despido colectivo” en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada*». Este criterio fue corroborado en la STJUE de 11 de noviembre de 2015. Asunto C-422/14, Pujante Rivera, que resuelve tres cuestiones relativas al cómputo subjetivo, la primera de las cuales es la relativa a «*si el artículo 1, apartado 1, párrafo primera, letra a) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo de que se trate*», a lo que el TJUE recuerda su pronunciamiento emitido en la sentencia Rabal Cañas (C392/13), en cuyos apartados 32 y 67, considera el Alto Tribunal Europeo, que la Directiva «*no establece distinciones según la duración de los contratos de dichos trabajadores*», matizando que «*no cabe concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas, no puede considerarse trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo que se trate*». (Apartado 33).

<sup>16</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “Los despidos colectivos en la Administración Pública (a propósito de la STS de 19 de mayo de 2015)”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales 5, Agosto-Septiembre 2015, pp. 548.

<sup>17</sup> La Administración, en sus diversas estructuras, principalmente en las locales, han debido aprobar planes de ajuste y contención donde quedase justificada la adecuada financiación de los servicios públicos prestados en relación al coste que generan, entre ellos, el de personal que lo presta. Cfr. Rodríguez Escanciano, S., “Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público”, ediciones Iustel, 2013, pp. 38- 42 y 51- 53.

<sup>18</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “Los despidos colectivos ...”, op. cit., p. 29.

las medidas afectantes a las retribuciones salariales de los empleados públicos<sup>19</sup>, o a la congelación de la oferta de empleo público, excepto para los sectores públicos de educación, sanidad, orden público, se unen medidas de lucha contra el fraude fiscal o laboral, así como medidas de fijación de la jornada ordinaria de trabajo en un promedio semanal no menor a 37 horas y media<sup>20</sup>, que, obviamente, resultaron insuficientes al culminar, inevitablemente en la adopción de la medida reduccionista más extrema posible en el ámbito laboral cual es la medida extintiva contractual.

La crisis económica del año 2008, también había venido provocando una drástica reducción de convocatorias de plazas públicas. Antes de dicho año las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado- LPGE o PGE- recogieron restricciones a las Ofertas de Empleo Público. En concreto el artículo 22 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, o su homónima para el año 2008, en su art. 23, ya contemplaban una minoración de plazas públicas de nueva creación por suponer un excesivo gasto para el mantenimiento equilibrado de las arcas públicas españolas. La restricción general de la dotación de personal y, en concreto, de la contratación laboral en el sector público alcanzó su máxima expresión en el art. 3 del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, que limitó a cero la incorporación de nuevo personal en la Administración Pública salvo «*la que pudiera derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarios para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.*» (Art. 3 RDL 20/2011).

Con niveles de déficit estructural y volumen de deuda en constante crecimiento para todo tipo de Administración Pública, con el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo<sup>21</sup>, el ejecutivo español empezaba a acercarse hacia la posibilidad de disponer con mayor fuerza normativa por específica del instrumento laboral privado *Despido Colectivo* para aplicarlo de modo legal concisa y expresamente, a todo empleado público laboral insertado en la Administración Pública. Desde la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad<sup>22</sup>, se había instaurado de modo expreso la figura del despido por causas objetivas en la Administración pública, bien de carácter individual por causas objetivas, bien colectivo, para trabajadores contratados laborales de carácter coyuntural, que no formasen parte de la estructura orgánica competencial de la Administración territorial contratante, pero que sí formasen parte de un modo de proceder funcional fruto del carácter financiador de la actividad que debía ejecutar la Administración por decisiones de calado más político que legal administrativo, como las circunstancias económicas y el entorno comunitario parecían demandar, cada vez, con más ahínco.

Si bien desde el año 2001, con el RDL 5/2001, de 2 de marzo, y posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, que había introducido un nuevo párrafo- apartado e)- al art. 52 del ET,

<sup>19</sup> Las recogidas en Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE núm. 126, de 24 de mayo), reformador de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos generales del Estado para el año 2010.

<sup>20</sup> RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público- BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011- para el sector público estatal y, finalmente, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado- BOE núm. 156, de 30 de junio- para todo el sector público en su totalidad.

<sup>21</sup> BOE núm. 147, de 17 de junio de 2010.

<sup>22</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001.

se propicia la extensión de la cobertura procedimental regulada en la normativa laboral privada, de modo expreso y exclusivo, a las contrataciones laborales indefinidas que se produjeron para la ejecución de planes y programas públicos, ejecutados directamente por la propia Administración Pública o por entidades sin ánimo de lucro que presupuestasen, en su contabilidad, ingresos externos de carácter finalista, esto es, para la exclusiva puesta en marcha de planes y programas públicos activados gracias al apoyo de dichos ingresos externos de carácter finalista procedentes de las arcas públicas, hasta el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, en cuanto adaptación del RDL 43/1996 de 19 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos<sup>23</sup>, no se materializó, sin embargo, el compromiso de realizar una reforma del mercado de trabajo enmarcada en la Estrategia de Economía Sostenible auspiciada desde el ámbito supranacional y promovida desde el seno gubernamental nacional.

Dicha norma fue sustituida, con posterioridad, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre que toma en consideración la contextualización de la situación de estabilidad y déficit presupuestario, aunque sin concretarla en la implantación de un *Despido Colectivo público*.

El legislador, con el fin de englobar a toda extinción del contrato de trabajo que tiene su origen en las circunstancias que, ajenas a la voluntad unilateral del empresario o del trabajador, se le presentan en la gestión propia de la actividad económica, se ve sobrepasado por el ejecutivo ante la imperiosa necesidad de minimizar el gasto público, así como el riesgo financiero de las arcas públicas.

En este contexto, la evolución normativa de la institución *Despido Colectivo público* se encuentra con el inevitable parangón al que se debe con la institución *Despido colectivo* en cuanto que, tanto al empleador público- administrativo y mercantil- como al privado, les une la precisa necesidad de flexibilizar la gestión económica que como partes empleadoras ambos tipos de empleadores deben llevar a cabo<sup>24</sup>. El riesgo financiero y la consideración presupuestaria, este último como elemento determinante para la actuación pública, anclan cierto paralelismo aplicativo entre ambas figuras –*Despido Colectivo* y el *Despido Colectivo Público*–, al basarse ambas en el principio de eficiencia de la gestión empleadora en materia de ajuste y composición de la plantilla del personal laboral, una centrada en el deber de “*defensa de la productividad*”, consustancial a la actuación propia empresarial *ex art. 38 CE*, y, otra, en el deber de “*eficacia*” inspirador del funcionamiento de las administraciones (art. 103.1 CE)<sup>25</sup>.

Presentados momentos de austeridad económica, la eliminación de gastos coyunturales se antepuso a la de los gastos estructurales<sup>26</sup> produciéndose, en materia de ordenación de personal empleado público una serie de medidas que bien pueden quedar resumidas en dos parámetros. De un lado, en el freno que el poder legislativo impone a la

<sup>23</sup> BOE núm. 44, de 20 de febrero de 1996.

<sup>24</sup> De esta forma ha venido siendo reconocido de modo recurrente por el Tribunal Constitucional. Vid. Por todas y a título de ejemplo las SSTC 119/2014 y 8/2015 y ampliamente analizadas por García Murcia, J., “La Reforma laboral de 2012 ante el Tribunal Constitucional”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* 3, junio de 2015, pp. 283-303.

<sup>25</sup> En este sentido, Martín Valverde, A. “Especialidades ...”, *op. cit.*, AL 14/2004. También en: Fundación Democracia y Gobierno Local, serie Claves del Gobierno local, 2- ISBN: 84-609-1120-9-, pp. 203.

<sup>26</sup> La situación de crisis económica que se produjo a partir del año 2008, afectó duramente a todas las instancias públicas y privadas nacionales e internacionales, si bien sentidas, con especial dureza, en las disponibilidades presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas que sufrieron una importante disminución de sus ingresos que las colocó en una difícil posición para mantener gran parte de las obligaciones que habían asumido por lo que se vieron obligadas a adaptar sus dimensiones y servicios para moderar su nivel de gasto.

incorporación de nuevo personal, con la consecuente paralización de las convocatorias de nuevo ingreso y promoción previstas<sup>27</sup>. De otro, la posibilidad de amortización de plazas que supone la extinción sin renovación de contratos laborales temporales, así como la viabilidad del despido puntual y del despido colectivo.

Si bien la LEBEP tan solo menciona el despido como sanción al personal contratado laboral por la comisión de falta muy grave (art. 96)<sup>28</sup>, la remisión del artículo 7 LEBEP al bloque de legalidad laboral común permite seguir teniendo acceso a las variadas formas de extinción del contrato laboral que reconocen los artículos 51 y 52 ET.

Constatada hasta entonces la relación entre duración y permanencia en el puesto de trabajo, como característica destacable del régimen de empleo público<sup>29</sup>, ante la agravada insuficiencia económica que presenta el cada vez más vasto sector público para mantener los ingentes costes laborales necesarios, por otro lado, para el mantenimiento de unos servicios públicos, de eficacia coyuntural por proceder, en múltiples ocasiones, de actuaciones público- políticas concretas y temporales dirigidas a favorecer acciones de desarrollo socio- económico, voces cada vez más clamorosas<sup>30</sup> empiezan a abogar

<sup>27</sup> La Administración está obligada a convocar el procedimiento para la cobertura legal de la plaza pública que haya dotado (art. 70 EBEP), bien de naturaleza funcional, bien de naturaleza laboral, y para cuya cobertura puede acceder cualquier candidato que reúna los requisitos establecidos siendo valorables para la adjudicación final requisitos concretos de mérito y capacidad. Cuando la plaza sea adjudicada su titular ha debido haber superado el procedimiento meritario y de capacidad establecido. Dicha plaza cubierta según principios legales establecidos ha podido venir siendo ocupada, previa a su cobertura definitiva, en régimen de temporalidad, por lo que, tanto las nuevas incorporaciones como las consolidaciones de las coberturas que venían existiendo en régimen de temporalidad deben quedar previstas anualmente en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. A raíz de la crisis económica del año 2008, se produce una drástica reducción de convocatorias de plazas públicas hasta el año 2014.

Antes de 2008 las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado- LPGE o PGE- recogieron restricciones a las Ofertas de Empleo Público. En concreto el artículo 22 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, o su homónima para el año 2008, en su art. 23, ya contemplaban una «*minoración de plazas públicas de nueva creación por suponer un excesivo gasto para el mantenimiento equilibrado de las arcas públicas españolas*». La restricción general de la dotación de personal y, en concreto, de la contratación laboral en el sector público alcanzó su máxima expresión en el art. 3 del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, que limitó a cero la incorporación de nuevo personal en la Administración Pública salvo «*la que pudiera derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarios para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011*». En el año 2011, mediante el RDL 20/2011, de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011) y en el año 2013, mediante la Ley 22/2013, de presupuestos generales del Estado para el año 2014 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2013), se recogieron, igualmente, medidas máximas restrictivas de ingreso de nuevos efectivos públicos.

<sup>28</sup> Art. 96.1.b: «*Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban*»

<sup>29</sup> Si bien en condiciones de irregularidad legal en muchas de las ocasiones «*La alta tasa de temporalidad ha sido una característica en el empleo público en la década pasada y ha sido considerada un lastre para el buen funcionamiento de las AAPP (CES Informe 3/2004, La temporalidad en el empleo en el sector público). La opinión común sobre esta situación pasada era que el volumen de temporalidad en el sector público excede el que parece razonable de acuerdo con las necesidades temporales en la prestación de servicios. Como se observa en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público (abril, 2005), "el volumen de temporalidad hoy existente en el sector público parece exceder del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de servicios y actividades públicas de las distintas Administraciones y que, en realidad, se formalizan como interinidades o contrataciones temporales actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan o reiteran año tras año. Una parte importante de esa temporalidad tiene, por tanto, un carácter ficticio o artificial"*. Vid. Navarro Nieto, F., «*Lecciones de Derecho del Trabajo. Tomo I*», p. 288) del que, «*de modo abusivo*» siguen participando las Administraciones Públicas en la actualidad. Además, Vid. Costa Reyes, A y Rodríguez Crespo, M.J., «*Temporalidad laboral en las Universidades Públicas*», en AA.VV. *Encuesta sobre asuntos de actualidad sociolaboral*. (De La Villa Gil, L.E., Coord), Monográfico Extraordinario Revista general de Derecho del Trabajo y Seguridad Social 50, Noviembre, 2018, pp. 112.

<sup>30</sup> A título de ejemplo, Vid. Informe del Defensor del Pueblo «*Funcionarios interinos y personal eventual: La provisionalidad y temporalidad en el empleo público*», Madrid, 2003, pp. 11 y 12, especialmente, al presentar como



por la insostenibilidad del excesivo volumen del empleo público, contratado laboral en régimen de temporalidad exacerbada, que venía detectándose en la mayoría de las Administraciones Públicas.

La presión supranacional<sup>31</sup>, continuando empujando al legislador nacional español hacia la utilización de otros mecanismos de flexibilidad de la relación laboral pública distintos de los que viene preservando el empleo, favorece el hecho de que la Administración y entidades Públicas, a través del mecanismo del despido por causas económicas y organizativas principalmente, pueda posibilitar alivio a las deficiencias de liquidez y financiación que se venían presentando en las arcas públicas, las cuales, además, presentaban un marcado matiz de cierto desorden organizativo por cuanto la existencia de un elevado volumen de empleados públicos, sin formar parte de la estructura propia de la entidad pública que los albergaba, originaba una serie de solapamientos funcionales de poca calidad para el empleo público no estructural. De este modo, la opción extintiva colectiva en el sector público empezó a cobrar protagonismo, sobrepasando, en el año 2012, las fronteras de organización eminentemente mercantil, para instaurarse en un ámbito jurídico estrictamente presupuestario y de gestión administrativa, de modo institucionalizado y por circunstancias causales específicas, al quedar expresamente proclamado en la normativa de reforma laboral del año 2012.

### *2.1.2. Breve comentario a determinados aspectos destacables relativos al ámbito subjetivo, causal y procedimental del Despido Colectivo del empleado público laboral de la Administración Pública*

#### **i. Ámbito subjetivo**

Una de las especialidades organizativas de las Administraciones Públicas radica en el hecho de que éstas deben estructurar sus plantillas de manera predeterminada a través de una concreta relación de puestos de trabajo, o de un instrumento asimilado al mismo, que comprenderá, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

Partiendo de la realidad de que los servicios públicos determinados normativamente por cualquier Administración Pública deben ser prestados, con carácter general, por personal funcionario o, en su caso, personal laboral fijo (art. 103.3 CE), la extensión de la posibilidad extintiva laboral, sea de modo individual o colectivo, por causas de empresa, ha venido afectando sólo al personal laboral no permanente que hubiese sido contratado para

---

objeto del estudio la problemática existente entre el numeroso volumen de empleados públicos por entonces ya existente en el sector público que venían prestando servicios públicos con contratos temporales o eventuales, “en ocasiones durante largos períodos de tiempo”. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2003-01-Funcionarios-interinos-y-personal-eventual-la-provisionalidad-y-temporalidad-en-el-empleo-p%C3%BAblico.pdf>

<sup>31</sup> La incorporación de nuestro país a la Unión Europea incidió en la organización administrativa pública, no sólo en su configuración funcional, sino también y principalmente, en materia de disciplina presupuestaria. En concreto, el art. 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- TFUE- establece una obligación de disciplina presupuestaria a cargo de los Estados al fin de evitar déficits públicos excesivos, por lo que recae en la Comisión Europea la misión de supervisar la evolución de la situación presupuestaria y de endeudamiento de los Estados miembros, así como, examinando la observancia de la disciplina presupuestaria que sigue cada Estado. En consecuencia, las instituciones europeas establecen el modo de actuación encaminado a hacer efectivo el cumplimiento de la disciplina presupuestaria supranacional. Dichas directrices presupuestarias controladoras de la contención del gasto público quedan especialmente patentes en el Ordenamiento Jurídico español en la nueva redacción que se le tuvo que otorgar al art. 135 CE en septiembre de 2011. Para un profundo estudio, Vid. Martín Valverde, A., “Reestructuración laboral de las administraciones y entidades públicas”. Revista Derecho Laboral 97/2013, pp. 89- 90.

la realización de trabajos en la Administración que no pudieran ser atendidos por personal funcionario o laboral fijo<sup>32</sup>, pero que, al fin y al cabo, han sido considerados, trabajos propios de la Administración pública contratante. Dado que dichos puestos habían sido creados para cubrir necesidades específicas de interés general detectadas y constatadas por las autoridades públicas competentes (Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, así como sus homólogos órganos autonómicos), por lo que formaban parte de la estructura fija de plantilla funcional de la Administración Pública contratante o han venido siendo asimiladas por la entidad pública administrativa por ejecución de políticas públicas de desarrollo, las actuaciones profesionales de la Administración presentaban siempre una funcionalidad propia de la Administración contratante.

Es a partir de la consideración jurisprudencial de un personal, empleado público, contratado laboral, que ejerce funciones laborales no propiamente administrativas –por funciones y/o por modo de acceso a dicha plaza– cuando se empieza a considerar cierta dicotomía de plantilla que no forma parte de la estructura fija de recursos humanos-personal indefinido no fijo (INF)<sup>33</sup>.

Con ello, las disposiciones normativas pre- reformadora a la de 2012- art. 52 e) ET- y la propia reformadora de 2012- DA 20<sup>a</sup> (en origen DA 16<sup>a</sup>, según consta en las

<sup>32</sup> El acceso al empleo público viene marcado por los principios constitucionales de selección y acceso, así como por la sujeción a un determinado procedimiento regulado en la correspondiente norma reguladora de la tasa de reposición de efectivos que corresponden a cada Administración Pública. En este sentido, el art. 35.1 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado (BOE núm. 85, de 10 de abril de 1995), constituye el instrumento de planificación de recursos humanos para la Administración General del Estado que ha servido de referencia para el resto de normativas de ordenación de personal de las Administraciones Públicas regionales y locales.

<sup>33</sup> Entiéndase por tal al personal empleado público contratación laboral para cubrir profesionalmente labores enmarcadas en supuestos casuísticos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, con desarrollo reglamentario a cargo del RD 2720/1998 regulador de los contratos temporales estructurales: contrato de obra, contrato de eventuales, contrato de interinidad por sustitución y contrato de interinidad por vacante, a los que se suman los contratos formativos (en prácticas y para la formación y el aprendizaje) regulados en el artículo 11 ET y en los Reales Decretos 488/1998 y 1529/2012, y el contrato de relevo en su modalidad temporal regulado en el artículo 12 ET, que, por mor del transcurso del tiempo sin solución en su continuidad por pervivir de modo tácito al tiempo normativamente establecido, han llegado a exceder de la duración máxima legal permitida, así como, los empleados laborales contratados para cubrir temporalmente puestos estructurales de la Administración- funcionariales, estatutarios o laborales fijos, o el empleado contratado sin ser dado de alta en la Seguridad Social- producido esencialmente, en el caso de las Administraciones Públicas, cuando se contrata al trabajador por medio de un contrato mercantil o de servicios que judicialmente se considera, después en trámite judicial, como laboral; así como, el empleado de una empresa subcontratada por la Administración cuando judicialmente se declara que esa subcontrata en realidad ha sido fruto de una cesión ilegal de trabajadores de modo que el trabajador cedido puede optar por integrarse como fijo en la empresa cesionaria (en este caso la Administración Pública). Si bien, respecto a la asunción de personal por parte de la Administración Pública que ha revertido la gestión de un servicio público, el TS ha matizado su doctrina a través de la STS, 270/2022, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2022 (Rec. 3781/2020) reconociendo la fijeza del empleado revertido en tanto las funciones que desarrolla permanezcan adscritas o relacionadas con la unidad productiva que se transmitió perdiendo la fijeza del empleado público revertido su fundamento y finalidad en el momento en el que ésto ya no suceda así. Concretamente señala el TS que «la fijeza no está adquirida incondicionalmente en todo el ámbito de la empleadora». Igualmente, se han venido encontrando en esta tesitura aquellos supuestos en los que la Administración Pública se ve obligada a integrar en su plantilla como laborales, a trabajadores fijos de empresas gestionadas mediante régimen jurídico privado o entidades públicas que han sido asumidas a través de una sucesión de empresas realizada en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, supuesto que incorpora la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOUEL núm. 82, de 22 de Marzo de 2001) y ratifica la STJUE 13 junio 2019 (asunto C-317/18, Correia Moreira).

Para mayor estudio de la figura, Vid., entre otros, Benavente Torres, I., “Tareas fijos discontinuas y contrato temporal en la administración pública”, *Revista Relaciones Laborales* 1/2007, pp. 171-191; Selma Penalva, A., “El trabajador “Indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”. *Revista Relaciones Laborales* 11, año 30, noviembre 2014; Gofñ Sein, J.L., “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación

DDAA Segundas de, respectivamente, RDL y Ley 3/2012), permitieron la posibilidad de despedir, tanto al personal laboral temporal, como al personal laboral indefinido, ambos sujetos a normativa laboral y, en segunda línea de preferencia, de modo expreso a partir de la normativa de 2012, al personal contratado laboral para ocupar plazas de naturaleza administrativa, bien de carácter temporal (interinidad), bien de carácter fijo (quien ha concluido con éxito el proceso selectivo y ha obtenido la plaza), si bien estos últimos con menor preferencia respecto a los temporales, para lo cual resulta necesario formar parte de un proceso de selección en el que se dirima el acceso según criterios de igualdad, mérito y capacidad, como determina la C.E. y, entre otras normas de desarrollo, el RDL 364/1995, de 10 de marzo<sup>34</sup>, dado que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que proclamó normativamente la DA segunda del RD 3/2012, quedaba destinado, «*al personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público*» (...) añadiendo la DA segunda, pero en esta ocasión de la Ley 3/2012, que tendrían «*prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades afectadas*».

## ii. Ámbito causal

En el plano causal, ya hemos indicado cómo el empleador público queda también sujeto por el elemento causal al poder finalizar *ante tempus* las relaciones laborales de parte o la totalidad de sus empleados públicos, siempre por motivos justificados. La reforma laboral de 2012, al implantar la posibilidad de despedir colectivamente a empleados públicos, cual empleador privado se tratase, no tiene porqué proceder a extinguir la entidad o el objeto social de la misma y, si considera extinguir la entidad pública afectada, su objeto funcional no tiene por qué desaparecer por cuanto puede ser reestructurado en otros entes o entidades de la correspondiente Administración Pública<sup>35</sup>, lo que no evita que los despidos puedan llegar a ser efectuados.

Siguiendo las previsiones de la Directiva 98/59/CE, (art.1), concurrirán causas de despido cuando, constante la relación laboral, surjan motivos no inherentes a la persona del empleado, con independencia de la afectación a requerimientos finalistas de viabilidad

de servicio”, en AAVV., El Estatuto Básico del Empleado Público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, pp. 299- 385. También en Vol. I. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2009. P. 372- 385; Gómez Caballero, P., “Las relaciones laborales del personal docente en la enseñanza privada concertada”, Revista Temas Laborales 135/2016, pp. 393- 431; Rodrigo Saiz, M.C., “Indefinido Fijo en la Administración Pública”, Diario La Ley 9821, Wolters Kluwer, sección Dossier, 30 de marzo de 2021; Rodríguez Hernández, J., “Interinidad por vacante e indefinidos no fijos: una zona gris de nuestro Derecho. Nueva doctrina del Tribunal Supremo”, Diario La Ley 9972, de 16 de diciembre de 2021, Tribuna; . Rodríguez- Piñero Royo, M., “La contratación temporal en el sector público”, Revista Doctrina Laboral 110/ 2017-Vol. II, pp. 27- 55.

<sup>34</sup> Si la naturaleza de la relación profesional requiere realizar una contratación administrativa, operará la exclusión laboral de dicha relación, en atención al art. 1.3.a) ET, debiendo tenerse presente que, en el cauce administrativo, el objeto y demás previsiones del contrato deben efectuarse, indefectiblemente conforme al modo procedimental que indique la respectiva normativa administrativa que los cree y desarrolle. En este sentido, Cfr. SJS núm 3, de Pamplona, de 28 de marzo de 2018 (Rec. 103/2018).

<sup>35</sup> Claro ejemplo supone el de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico- UTEDLT, cuyas funciones fueron traspasadas a la Fundación Pública Andaluza “Andalucía Emprende”- AEPPA-, tras la disolución de aquellas a partir de 2012. Vid al respecto, Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía relativo a las UTEDLT de los años 2010 a 2012. Pág. (file:///C:/Users/arace/Downloads/fiscalizacion-horizontal-de-la-gestion-de-las-ayudas-de-la-junta-de-andalucia-a-las-unidades-terr.pdf). Pág. 6 y ss, completado con el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía, relativo a la Fundación AEPPA

(file:///C:/Users/arace/OneDrive/Escritorio/FACULTAD/ARTICULO%20PEDRO/DESPIDO%20COLECTIVO/fiscalizacion-de-regularidad-de-andalucia-emprende-fundacion-publica-andaluza.pdf). Pág. 13 y 98 y ss.

futura de la empresa y a su posición competitiva en el mercado, al carecer, la esfera administrativa, de semejante funcionalidad.

Desde la vertiente estrictamente laboral y de relaciones de trabajo, concretado el derecho del trabajo español en el principio, no fundamental pero sí estrictamente laboral, de la continuidad o estabilidad en el empleo, en consecuencia, en el derecho a no ser despedido sin justa causa<sup>36</sup>, en ocasiones, se puede considerar la posibilidad de poner fin a la relación contractual laboral a través de una voluntad libre que no precisa fundamento en causa concreta especial<sup>37</sup>, quedando, con ello, el despido sin causa o *ad nutum* amparado en el ámbito público administrativo, en un contexto de necesidad económica o de fuerza mayor sobrevenida. A pesar de esta sintonía, la Directiva 98/59/CE, impone la obligación de «vincular el final de la relación laboral a la existencia de un instituto causal que justifique la actuación empresarial a fin de evitar que la diferencia de tratamiento a nivel comunitario del despido colectivo pueda afectar a la competitividad del mercado interior»<sup>38</sup>. Interés por la competitividad del mercado que, en el ámbito público administrativo español, se traduce, respecto a la actuación empleadora de la Administración Pública, en la posibilidad de llevar a cabo actuaciones extintivas justificadas por una situación de *Factum Principis*, reconducida como de fuerza mayor inevitable por quedar afectada, de modo prioritario, la gestión del interés general de la ciudadanía que hay que preservar.

Ante ello, no se debe obviar que, en el seno administrativo, rige, con carácter general, la legislación administrativa suponiendo la legislación laboral, a los efectos extintivos que nos ocupan, un cauce normativo especial que, sin embargo, se torna de prevalente aplicación ante la laguna que la misma ley administrativa- LEBEP/TREBEP- muestra para con este asunto<sup>39</sup>. Dicha especialidad acerca la causalidad del *Despido Colectivo* a la praxis que debe envolver a la actuación administrativa, por cuanto, el respeto a la preservación de los intereses públicos la debe alejar de la arbitrariedad y discrecionalidad en la adopción de sus decisiones, lo que debe conllevar mantener alejado, a su vez, al posible *Factum Principis* que, en cuanto modo de actuación arbitraria pueda ostentar la Administración Pública al actuar como empleadora laboral.

A partir del año 2012, las causas dictadas por el legislador laboral en los artículos 51 y 52 ET, no resultan aplicables en sus justos términos literales de la normativa laboral común al ámbito contractual laboral público, por cuanto el legislador habilitó una justa causa extintiva sobre unos hechos causales y un cauce procedimental al margen de la doctrina general del contrato de trabajo<sup>40</sup>, lo que le confiere al *Despido Colectivo Público* cierta especialidad respecto al *Despido Colectivo Privado*. En el contexto de la crisis

<sup>36</sup> Cfr. SSTC 22/1981, de 2 julio, FJ 8; y 192/2003, de 27 octubre, FJ 4, a título de ejemplo

<sup>37</sup> Treviño Pascual, M., “Concepto y causas de despido colectivo en el sector público”, editorial Comares, 2017, p. 4.

<sup>38</sup> De este modo ya reconocido en STJCE de 12 de febrero de 1985, asunto C 284/1983, de fecha anterior a la Directiva 98/59/CE. Ibidem. Pag. 17.

<sup>39</sup> La STS 2773/2019, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2019 (Rec. 238/2017), recoge la duplicidad de fuentes normativas a la que se ve abocada toda Administración Pública en su condición de empleadora, en tanto que a las normas de la legislación laboral -incluidas las convencionales- se unen los preceptos específicos de la LEBEP que así lo dispongan, remitiéndose a la STS, Sala de lo Social, de 8 junio 2009 (Rec. 67/2008), que recuerda que la propia Exposición de Motivos de la LEBEP tenía por objeto incorporar también el régimen jurídico del personal laboral a sus disposiciones reguladoras a pesar de tener un ámbito subjetivo principal dirigido al empleado público funcional. De hecho, al regular la pérdida de la relación de servicio, la LEBEP sólo contempla las causas de pérdida de la condición del personal funcionario público con total omisión de referencia reguladora de la extinción contractual del personal contratado laboral.

<sup>40</sup> Sáez Lara, C., “Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos”, editorial Tirant Lo Blanch, 5/2016, p. 30.

económica mundial del año 2008, y bajo el siempre genérico objetivo de orientar su actuación en beneficio de la sociedad en general y hacia la consecución del pleno empleo, el empleador público administrativo se ve impulsado a articular controles adecuados de actuación respecto al gasto público, a fin de evitar un exceso de gasto que redundase en las garantías que había venido ofreciendo a la ciudadanía a través del mantenimiento del estado del bienestar en el que se encontraba instalado. De este modo, buscó un marco de mejora de la situación económica de las arcas públicas a través de las reestructuraciones de plantillas sin realizar profundos cambios normativos.

El *Despido Colectivo público* queda vertebrado, a partir de 2012 y con carácter general, sobre causas empresariales que, al igual que le ocurre al *Despido Colectivo privado*, se estructuran dentro de un marco de gestión y de decisión totalmente unilateral del empleador, quien, igualmente, debe acreditar a la parte laboral la existencia de esa o esas ciertas causas que motiven la privación del derecho al trabajo del empleado público afectado. Ello sujeta también al empleador público, en el momento de la extinción del empleo contratado laboral, al mismo sistema de controles establecidos para el *Despido Colectivo privado*<sup>41</sup>, sin otras exorbitancias que las propias tramitadoras y de actuación precisa que conlleva ser entidad administrativa, y por tanto, sujeta a tramitación procedimental y dependiente, a su vez, de la tramitación procedimental que conlleva quedar sustentada con fondos económicos públicos<sup>42</sup>.

Con el nuevo equilibrio presupuestario que debe tener toda Administración Pública a raíz de la reforma constitucional de 2010, la reforma laboral de 2012 se planteó un nuevo concepto de referencia económica que calibre la situación de disminución de ingresos ordinarios- estables- que pudiesen incurrir en planteamiento de extinciones contractuales. Amparados en la defensa de la productividad que esgrime la propia Constitución Española de 1978 (art. 38), la estabilidad del empleo queda subordinada a aquella en la medida en la que las necesidades de la organización productiva imperan sobre la prestación efectiva del trabajo, por lo que en el ámbito contractual laboral público de la Administración española del año 2012, la disminución de ingresos en un plazo de referencia de tres trimestres consecutivos, respecto al registrado en el mismo trimestre del año anterior, así como la previsión temporal de pérdidas concentradas, igualmente, en un plazo de referencia de tres trimestres consecutivos respecto al registrado en el mismo trimestre del año anterior, supuso el camino allanado que encontró la norma laboral para implementar el ejercicio reorganizador de los puestos de trabajo por causas económicas estructurales también en el seno público administrativo<sup>43</sup>.

Elementos concurrentes, éstos que suponen los criterios causales, cuantitativos y temporales justificadores de la decisión adoptada por la parte empleadora que, si bien conllevan que el *Despido Colectivo público*, quede condicionado por dichos elementos esenciales: causa –económica, técnica, organizativa y de producción–, número de

---

<sup>41</sup> Control, esencialmente judicial. Al respecto Vid. específico análisis realizado por Durán López, F., “Despidos económicos y control judicial”, en Monografía de Relaciones Laborales, diciembre 2013, pp. 151-164.

<sup>42</sup> Cfr. Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A., “El Despido Colectivo en el Derecho Español”, editorial Thomson Reuters Aranzadi, pp 28 y ss.

<sup>43</sup> Previamente el Tribunal Supremo ya había definido- en concreto traemos a colación la STS, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2010 (Rec. 3439/2009)- el significado de la palabra “Causa” en el contexto de la regulación del despido objetivo por necesidades de la empresa, traída, a su vez, a colación por la STS, Sala de lo Social, de 2 de junio de 2014 (Rec. 2534/2013), quien no la define, dentro del contexto genérico de causa de despido, como reestructuración de la plantilla, sino como modo de gestión de situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son esas dificultades o situaciones económicas negativas las que el art. 51 ET conforma como causas motivadoras del despido (art. 51.3, art. 51.4 y art. 51.12 ET) y que, consideramos también extensivas al ámbito laboral público.

empleados afectados y tiempo de ejecución de la extinción<sup>44</sup>-, también quede afectada por la sujeción a un trámite procedimental establecido.

Con posterioridad al RD 3/2012 pero con anterioridad a su transformación en Ley y en plena crisis económica y financiera de la globalidad mundial, el legislador español determina cumplir con los criterios de presupuestarios y financieros proclamando la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>45</sup>, por la cual se llega a admitir como causa económica objeto de despido colectivo a «*aquella situación de equilibrio o superávit en virtud del cual el déficit público de las Administraciones Públicas no podrá aumentar por encima del valor del 3% del Producto Interior Bruto*», motivo por el cual la Administración, en su actuación, no puede apartarse de los criterios de eficiencia y racionalidad debidos a la buena gestión pública so pena de propiciar gastos innecesarios motivadores, a su vez, de una cuestionable organización administrativa eficiente y racional de los recursos humanos.

En consecuencia, tanto las causas<sup>46</sup>, económicas, como las técnicas (motivadas estas últimas por cambios soportados en los medios o instrumentos de prestación del servicio público que se pueden producir igualmente en un entorno laboral administrativo de prestación de servicios públicos que precisen de introducción técnica o tecnológica para una mejor y mayor prestación de servicios al interés social general), y como las organizativas (cuando se realicen cambios «*entre otros en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito a un servicio público determinado*» que deben quedar competencialmente definidos por Ley cuando se crea el puesto de trabajo objeto de dotación de presupuesto, entre otras finalidades, para sufragar el coste del mantenimiento de recursos humanos públicos<sup>47</sup>) han venido justificando el despido colectivo en la Administración Pública, si bien valoradas con distinto rasero en función de los hechos constitutivos de las extinciones. No obstante, dichas causas ETO vienen justificadas, con carácter general, por el iter común de deber quedar probado que la decisión extintiva contribuye a la superación de situaciones económicas negativas, aunque no a preservar el mantenimiento de la entidad pública contratante, como vimos.

En este contexto, es precisamente donde el elemento de *política social del empleo de un Estado miembro*<sup>48</sup> ha dotado de sentido y relevancia a los *Despidos Colectivos Públicos*, al haber tratado de suponer un instrumento normativo de reestructuración objetiva del presupuesto público a través de la reorganización del personal, y no hacerse depender del apoyo judicial al que acudir para acreditar la imposibilidad de mantenimiento de la contratación laboral.

---

<sup>44</sup> No siendo suficiente el despido de varios trabajadores al mismo tiempo, antes bien, la concurrencia de alguna, o algunas, de las causas legales en un mismo período legal de tiempo (STS, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2008. Rec. 4042/2006).

<sup>45</sup> BOE núm. 103, de 30/04/2012.

<sup>46</sup> Vid Cfr. Amplio estudio que sobre la definición en el ámbito público administrativo ofrece Gala Durán, C., "Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: Análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa". Revista Documentación Laboral 106, Vol. I., 2016, pp. 49.

<sup>47</sup> STC 99/1987, de 11 de junio. BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987, así como Capítulo II del Título V, art. 72 a 77 del EBEP.

<sup>48</sup> Conclusión nominal extraída de consideraciones vertidas en AA.VV. "Manual de Política y Derecho del Empleo (Instituciones, Relaciones de Empleo, Marco Legal de las Políticas Públicas y Derecho Social del Empleo)", editorial. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 15 a 30.

### iii. **Ámbito Procedimental**

Las causas ETO de 2012 sirven como precedente instrumento de reestructuración organizativa para la empleadora Administrativa Pública por unas causas determinadas pero, también, a través de un procedimiento determinado.

La situación a dilucidar quedaría en el plano demostrativo, en el sentido de comprobar si la circunstancia sobrevenida resulta o no proporcionada y, en consecuencia, se corresponde con la programación sustantiva prevista para la ejecución contractual que se creó. En definitiva, si la gestión del erario público resulta ajustada a sus fines funcionales en relación a la gestión del personal contratado laboral con el que cuenta para llevar a cabo el objeto concreto del servicio público que ha venido prestando a través de las contrataciones efectuadas. Canon de razonabilidad y proporcionalidad de la actuación empresarial que no implica que, en el momento de adoptar la decisión de despedir, se valore, por su parte, si lo proyectado es coherente con el fin propuesto, esto es, si se produce un grado de proporcionalidad entre la gravedad de la causa extintiva presentada y la intensidad de las medidas extintivas adoptadas, por cuanto la propia naturaleza coyuntural y no estructural de las plazas y contratos empleados para dicho ejercicio servil público, se saben *ab initio* como plazas y contratos de naturaleza volátil, precisamente, por coyunturales y no estructurales.

Matizada la intensidad de la exigencia concurrente de la causa extintiva, esencialmente de la económica, en la relación laboral en la Administración Pública, cabe preguntarse si las reglas procedimentales precisan, del mismo modo, de algún tipo de adaptación, corrección o excepción ante la naturaleza prestacional de servicio público de la entidad empleadora pública de carácter administrativo. Admitida la posibilidad de acometer la Administración Pública despidos colectivos por causas empresariales, el control de concurrencia de la causa respecto de las reestructuraciones acometidas por dicha parte empleadora pública, debe ser tan exigente como en el ámbito laboral privado, dado que la tutela del interés del trabajador es la misma a estos efectos que para el trabajador de empresa privada (art. 35 CE). La diferencia sólo se sitúa en el derecho a terceros con el que se define profesionalmente la Administración Pública, al deber prestar servicios públicos con la eficiencia que legalmente le viene encomendada.

De nuevo la regulación normativa no presenta especialidades directas cuando interviene la Administración Pública como empleadora, llegando a reconocerse la posibilidad de celebrar un procedimiento de regulación de empleo que queda incardinado en la estructuración procedimental que presenta la normativa laboral común. Ante esta situación, el esquema básico de planteamiento pasa por realizar un obligado trámite de consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a lograr un acuerdo, seguido, en ausencia o no de acuerdo, de una intervención administrativa por la que una Autoridad Laboral, comprobando la concurrencia o no de las condiciones legales exigidas para la reducción de empleo, dicta un acto de ajuste normativo –con anterioridad a la reforma laboral de 2012 la naturaleza del acto era autorizadora o denegatoria de la correspondiente decisión empleadora–, con el que se da vía libre al empleador para ejecutar su decisión extintiva.

En lo referente al período de consultas, no se observan diferencias formales específicas respecto al régimen establecido en la normativa laboral común. Reproducido un escenario donde la voluntad de verdadera situación negociadora conduce a la obtención de un pacto consensuado entre la representación de la parte empleadora –Administración– y la representación legal de los trabajadores, en el ámbito público administrativo, la normalidad

institucional presenta la salvedad de quedar sujeta al alcance de la disponibilidad que la parte empleadora pueda ostentar respecto a un presupuesto que, por mermado y regulado, no puede quedar al albur de oscilaciones de consenso destinadas a evitar o reducir los efectos extintivos.

Otro de los elementos esenciales a tomar en consideración en la fase procedimental resulta ser el aspecto relativo a la selección de los concretos trabajadores que van a sufrir la pérdida del empleo, por cuanto la Administración ha de ceñirse a criterios objetivos que debe precisar a los efectos de fundamentar su decisión selectiva. Si bien legalmente no queda predeterminado cuales han de ser los criterios objetivos de selección, éstos, en caso de duda, deben quedar justificados de modo razonable y proporcionado por la existencia de una circunstancia determinada, así como, condicionados por el principio de acceso, promoción y permanencia en los puestos conforme a los criterios de mérito y capacidad que debieron demostrar en el momento de acceso al empleo público.

En cuanto al efecto indemnizatorio, de especial relevancia y mayor intensidad para el empleo público conforme ha ido avanzando el tiempo<sup>49</sup>, la norma se ciñe a realizar una aportación precisa de un elemento indemnizatorio que supone reconocer al empleado afectado de extinción contractual por despido objetivo o colectivo, una cantidad fija correspondiente a la retribución que viniera percibiendo, puesta en relación con su antigüedad en la empresa, y cuantificada a razón de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades (at. 51. 8 ET), sin que fuese probable que, en el transcurso de las negociaciones desarrolladas al efecto, las partes acordasen proceder a pactar el abono de cantidades indemnizatorias superiores a las legalmente previstas, por cuanto, en el seno de la Administración Pública no resulta factible disponer de presupuesto vigente por medio del cauce autónomo.

Finalmente, desde el punto de vista procesal, la reforma laboral de 2012, continuada por la de 2021, mantiene como normativa sobreviviente, la modalidad procesal del art. 124 de la LRJS, que se había aprobado con la Ley 36/2011 para los despidos colectivos iniciados a partir de su entrada en vigor<sup>50</sup>, manteniendo, así mismo, otras normas de carácter transversal<sup>51</sup>

## 2.2. Transitoriedad del Despido Colectivo en la década de vigencia

El tránsito de la figura *Despido Colectivo Público* ha transcurrido, a lo largo de la década de vigencia normativa expresa, por un iter “*más allá de la forma anterior*” (del griego *meta-morfé*), pasando de ser una cuestión afectante a la gestión administrativa de las arcas presupuestarias públicas, a ser una cuestión- tal vez descubierto el velo- atinente a la compleja desorganización de personal que había llegado a ser la plantilla de personal laboral de la Administración Pública.

Uno de los elementos esenciales del *Despido Colectivo* lo conforma el número de trabajadores que se van a ver afectados por dicho instituto jurídico. En el ámbito del empleo público, el elemento subjetivo presente en el *Despido Colectivo Público* cobra mayor relevancia, no tanto en su aspecto cuantitativo y temporal, que queda enmarcado

<sup>49</sup> Art. 51.8 y art. 53 ET y DA 17ª TREBEP.

<sup>50</sup> D.T. Undécima del RDL 3/2012.

<sup>51</sup> A título de ejemplo, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio), que atribuye, en el art. 8.2, competencias al Juez de lo Mercantil para conocer de los despidos colectivos cuando el empleador esté concursado.



dentro de los mismos parámetros que en el *Despido Colectivo Privado*, si no, antes bien, en el aspecto cualitativo por cuanto no toda tipología de empleado público resulta ser susceptible de verse afectada por un proceso extintivo de carácter colectivo, ni, por ende, siquiera, de carácter individual.

La identificación de los sujetos afectados por el *Despido Colectivo Público* ha significado, durante buena parte de la década de su vigencia, prácticamente el elemento esencial que han desviado la atención de los efectos inherentes a la propia institución extintiva.

La acumulación de personal contratado laboral de carácter temporal que ha venido cubriendo períodos de trabajo más allá de la fecha inicial de duración de sus contratos, sin que se haya ofertado públicamente la consolidación de esas plazas ni éstas se hayan extinguido, ha llegado a convertirse en práctica habitual en las últimas dos décadas, a la par que en un problema para el panorama empleador público. El cierto abuso de las interinidades, en aquellos puestos de trabajo que deberían de ser desempeñados, bien por personal funcionario de carrera, bien por personal estatutario o laboral fijo y, en cambio, se han estado cubriendo, de forma aparentemente indefinida, con personal contratado laboral de naturaleza temporal, ha motivado que, desde las propias filas sociales, pero también, desde las filas judiciales, incluida la supranacional europea, se haya cuestionado, no sólo la viabilidad legal de esta práctica de ejercicio fáctico, si no, además, la posibilidad de estar incurriendo, la propia Administración Pública, en cierta praxis no del todo enmarcada dentro de las lindes de permisividad normativa.

No siendo excusable el hecho de que la mayor eficacia y flexibilidad en la dotación de personal a la Administración Pública la brinda el ámbito de las relaciones laborales de trabajo respecto de las que impone el Derecho Administrativo tradicional, éstas- mayor eficacia y flexibilidad- han sido, empero, el principal detonante del crecimiento de la tipología de empleado público contratado laboral versus empleado público funcionario de carrera, estatutario o, incluso, laboral fijo<sup>52</sup>. Admitida la contratación laboral en la Administración Pública<sup>53</sup>, como recordaremos, los únicos casos en los que se consideró admisible el recurso a la contratación laboral de personal empleado público fue en los supuestos casuísticos previstos en el artículo 15 ET, por cuanto resultaban ser los excepcionales casos que había previsto el legislador para llevar a cabo la realización de acciones públicas de naturaleza temporal, dado que la tipología genérica y propia de contratación laboral legalmente reconocida era, y sigue siendo, la de indefinido, en términos de fijeza laboral (art. 15. 1. ET)<sup>54</sup>. El frecuente recurso a la contratación temporal del que ha hecho uso la Administración Pública, ha llegado a conseguir una progresiva desnaturalización de las causas que legitiman dichos contratos<sup>55</sup> tornándose la ilegalidad normativa en normalidad casi unánimemente practicada.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en no pocas sentencias, ha mantenido la legalidad de los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas para

---

<sup>52</sup> En ese sentido, Vid. Monereo Pérez, J.L., “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”. Revista de Derecho Social 67, 2014, p. 18.

<sup>53</sup> Como otro título de ejemplo de constatación, Cfr. STS, Sala de lo Social, de 12 de julio de 1994 (Rec. 121/1994).

<sup>54</sup> A ello se unía el hecho de que el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 99/70/CEE, no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada- Vid., en este sentido y entre otras, STJUE, de 4 de julio de 2006, Asunto C-12/04, Adeneler y otros, apartado 91; y STJUE, de 3 de julio de 2014, Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Flamingo y otros; así como el Auto de 11 de diciembre de 2014, Asunto, C-86/14, apartado 47.

<sup>55</sup> Mercader Uguina, J.R., “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

la realización de obra o servicio determinado<sup>56</sup>. Dicha tipología contractual se ha venido utilizando para la ejecución de programas públicos temporales que gozan de autonomía y sustantividad propia pero que, en todo caso, no suponen actuaciones profesionales de naturaleza estructural de la entidad pública que los pone en marcha mediante la contratación de naturaleza temporal de empleados laborales. Dichos contratos laborales de duración determinada persisten mientras dure el plan público de acción concreta<sup>57</sup>. Finalizada la actuación pública, debe finalizar el contrato. No obstante, si el trabajador público laboral ha sido contratado *ab initio* como trabajador indefinido, la finalización de su relación laboral debía producirse directamente por la presencia de causas objetivas del art. 52 e) ET o, en caso de afectar a una colectividad de trabajadores, en un período de tiempo concreto de noventa días, y finalizando la relación laboral *ante tempus*, la finalización de la relación laboral debía producirse por la presencia de causas objetivas del art. 51.1 ET<sup>58</sup>.

A partir de la LEBEP de 2007, se consideró que las Administraciones Públicas sólo pueden contratar de forma laboral indefinida a profesores de religión, no estructuralmente considerados entonces como personal empleados públicos, el personal que haya sido contratado en fraude de ley, o, incluso, con sucesión de contratos temporales, o aquellos trabajadores que se hayan integrado en la Administración por el mecanismo de la reversión de servicios públicos a la Administración gestora inicial, tipología de empleados unificados nominalmente bajo la calificación de indefinidos pero no fijos-INF-, y, en ningún caso, de “*indefinidos*” laborales o “*fijos*” administrativos. En cualquier caso, el magma de empleados vinculados a la Administración mediante un vínculo jurídico laboral privado y coyuntural, queda regulado normativamente por lo preceptuado en el art. 11.1 EBEP que resulta destinado a sujetos que ocupan puestos no estructurales destinados a «*ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista*», según determina el art. 52.e) ET, a partir de la reforma laboral de 2012, no afectados directamente por el procedimiento de Despido Colectivo Privado establecido por el art. 51 ET, si no, por el procedimiento específico que marcó la normativa de desarrollo de la Ley 3/2012 de reforma laboral, esto es, el RDL 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada- RDPDC-<sup>59</sup>, y por las causas marcadas por la DA 16<sup>a</sup>- inicialmente DA 20<sup>a</sup>- del ET establecida por el RDL y Ley 3/2012.

### 2.2.1. *Hacia una ambivalente regulación jurídica*

La necesidad de prestar el sector público otras formas de servicios que las que tradicionalmente se le habían venido considerando, según reconocimiento competencial dispensado por las disposiciones normativas internas, ha conducido, en la praxis, a una difícil dicotomía reguladora entre las figuras profesionales administrativas y laborales, pero, además, entre la propia rama laboral, al permitirse la existencia de personal

<sup>56</sup> A título de ejemplo, cfr. STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996 (Rec. 3307/1995). Modalidad, como sabemos, extinguida por el RDL 32/2021 de reforma laboral.

<sup>57</sup> De hecho, las contrataciones temporales en el seno de la Administración Pública, vinculados a planes de ejecución pública no gozaban de las prerrogativas establecidas en el anterior art. 15.5 ET sobre continuidad laboral de modo estable- fijo-.

<sup>58</sup> STS Núm. 4753/2015, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2015 (Rec. 38/2014).

<sup>59</sup> BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012.

empleado público laboral fijo, y, sobre todo, al reconocerse la figura del personal laboral INF ocupando, eso sí, de forma temporal, plazas de naturaleza administrativa.

A raíz de la STS núm. 1425/2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de septiembre de 2018<sup>60</sup> y STS núm. 1426/2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de septiembre de 2018<sup>61</sup>, se sienta la doctrina de la equidad en el sentido de que debe de tratar de ofrecerse al empleado público laboral, de uno u otro modo, esto es, de quien ocupa plaza laboral y de quien ocupa plaza administrativa, una regulación equivalente a la del personal funcionario público, dado el genérico acercamiento funcional entre los regímenes jurídicos del personal laboral y del personal funcionario, si bien no podemos dejar en el olvido el hecho de que la normativa interna española no ha venido admitiendo en la actualidad la convivencia en idénticas condiciones de ambos tipos de puestos, aunque presenten características muy similares en el desempeño funcional, por cuanto lo relevante resulta ser el hecho de que se encuentran, uno y otro tipo de plazas, reguladas por regímenes jurídicos diferentes que cuentan con consecuencias jurídicas diferentes, entre otras, la diferente consecuencia de estabilidad para los empleados laborales indefinidos respecto a los empleados administrativos (contratados laborales) indefinidos, esto es, excedidos en la temporalidad de su contrato laboral de interinidad<sup>62</sup>.

De este modo, se constata que la categoría de empleado INF permite que cualquier empleado que supere la duración máxima del contrato temporal inicialmente concertado pueda adquirir esa condición si, previamente, la ha solicitado por vía judicial al orden jurisdiccional social<sup>63</sup>, al objeto de obtener título habilitante para solicitar a la Administración empleadora la consolidación del contrato a través de las

<sup>60</sup> Rec. 785/2017.

<sup>61</sup> Rec. 1305/2017.

<sup>62</sup> La jurisprudencia ha entendido que la mención a los «*contratos por tiempo indefinido*» se refiere a los trabajadores INF. A raíz de la cuestión prejudicial que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona eleva al TJUE, bajo la consideración de que el ordenamiento jurídico interno español distingue entre contratos temporales, fijos e indefinidos no fijos para el ámbito contractual público, prohibiendo, a su vez, la conversión de los contratos de duración determinada en contratos de duración indefinida en el sentido de naturaleza estable y no sujeta a condición o término que propicien su extinción, plantea al TJUE que se pronuncie en el sentido de considerar dicha categoría contractual INF como temporal o de duración indefinida estable, posiblemente, sin tener en cuenta los previos pronunciamientos del TJUE, Huétor Vega (ATJUE de 11 de diciembre de 2014. C- 86/14) y Vernaza Ayovi (STJUE, de 25 de julio de 2018. C- 96/17), en los que ya indicó que los considera como contratos temporales.

<sup>63</sup> Resolución judicial de efectos declarativos por la que queda constatado que un empleado público, inicialmente contratado de modo temporal ha debido serlo de carácter indefinido o fijo al no obedecer el contrato realmente concertado «*a circunstancias puntuales o imprevisibles sino a una actividad continua y vigente durante todo el año, con lo que se utiliza la contratación temporal para suplir una necesidad permanente, como evidencia la circunstancia de que la demandante ha venido siendo contratada en todas las épocas del año, no solo en las estivales. De ello extrae la consecuencia de que el contrato suscrito el 8 de julio de 2017 fue celebrado en fraude de ley, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, que prohíbe utilizar contratos temporales para cubrir plazas correspondientes a puestos de trabajo de carácter estable*». Cfr. STS, Sala de lo Social, de 16 diciembre 2019 (Rec. 2570/2008), en la que se indica que la pretensión de declaración de naturaleza indefinida de la relación laboral constituye una pretensión declarativa admisible. Así mismo, cfr. STS, Sala de lo Social, de 8 marzo 2022 (Rec. 4212/2019) y STS, Sala de lo Social, de 9 marzo 2022 (Rec. 1372/2019), donde el TS declara INF a la demandante al estimar que el contrato de obra que suscribió con el Ayuntamiento «*no obedece a circunstancias puntuales o imprevisibles sino a una actividad continua y vigente durante todo el año, con lo que se utiliza la contratación temporal para suplir una necesidad permanente, como evidencia la circunstancia de que la demandante ha venido siendo contratada en todas las épocas del año, no solo en las estivales*». Reconocimiento derivado de modo exclusivo a la competencia jurisdiccional a partir de la entrada en vigor de la DA Trigésima Cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, después reiterada en la DA Cuadragésima Tercera, número dos, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, por la que se dispone que «*Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental (...) no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial*».

vías procedimentales administrativas oportunas, lo que conduce a detenerse en la forma jurídica específica en la que, dentro de la tipología contractual laboral, puede incardinarse la tipología judicialmente declarada como contrato laboral INF.

### 2.2.2. *Quintaesencia del personal INF*

Los empleados contratados laborales de carácter temporal han podido ver extinguidos sus contratos de trabajo en el momento en el que se convocasen y cubriesen las plazas administrativas que como INF han venido ocupando, siendo, en ese caso, solamente susceptibles de consolidación dichas plazas administrativas por ser las únicas obligadas a ser ocupadas siguiendo el correspondiente procedimiento establecido a raíz de los art. 103.3 CE y 70 TREBEP, en cuyo caso, los contratos laborales quedarían sometidos a la cláusula resolutoria conforme al art. 49.1º.c), por la cual, el contrato de trabajo se extinguía *«por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato»*<sup>64</sup>.

No obstante, al ser la del INF una figura creada jurisprudencialmente y con nula base normativa propia, al no habersele dotado de un régimen jurídico específico<sup>65</sup>, ni dentro de la normativa EBEP ni, menos aún, en la normativa laboral básica- ET-, su existencia ha puesto de manifiesto la insuficiente protección jurídica con la que cuenta, provocando ello que los tribunales nacionales, así como el TJUE, hayan tenido que seguir corrigiendo con el paso de los años semejantes carencias.

En este sentido, el ámbito jurisprudencial ha sido el canal por el cual se ha dotado a este personal –y se sigue dotando, al menos, hasta la Ley 20/2021– de un régimen jurídico paulatino, en función de las casuísticas de desarrollo laboral que se han ido presentando. Posiblemente por una falta de actuación del legislador, inicialmente, el Tribunal Supremo manifestó que los trabajadores INF tenían una situación jurídica equiparable a la de los trabajadores temporales con un contrato de interinidad por vacante<sup>66</sup>. Ello suponía que la duración del contrato quedaba supeditada a la cobertura reglamentaria de la vacante, a través del art. 15 ET y, tras la entrada en vigor de la LEBEP, a través del art. 70, mantenido con posterioridad, también en el TREBEP, lo que provocaba que el propio TS se viese en situaciones extremas de vacío legal por cuanto se encontraba en la tesitura de dilucidar si un empleado indefinido no fijo puede legalmente ver extinguida su relación laboral por la circunstancia de haber sido nombrado para el mismo puesto de trabajo que ha venido ocupando de manera prolongada y excedida en el tiempo, otro trabajador que sí que tiene la condición de “fijo” por haber superado las pruebas objetivas pertinentes<sup>67</sup>. En SSTs, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002,<sup>68</sup> de 27 de diciembre de 2006<sup>69</sup>, de

<sup>64</sup> Terradillos Ormaechea, E. “Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso de la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021, con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo”, Lan- Harremanak. Revista Relaciones laborales 47, 2022, pp. 7 y ss.

<sup>65</sup> Lo que ha dado lugar a una incesante actividad judicial. Cfr. STS, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2021 (Rec. 3951/2019). Del mismo modo, Auto del TSJ Madrid, Secc. 2, de 21 de diciembre de 2021 (Rec. 753/2021), en cuya cuestión prejudicial cuarta lamenta que *«no existe una regulación legislativa sistemática de los mismos- INF, y no se han establecido límites para su renovación, ni en forma de razones objetivas, ni en forma de un número máximo de renovaciones, ni siquiera de una duración máxima del propio contrato»*, procediendo la jurisprudencia menor, Cfr. A título de ejemplo, la SJS núm. 11 de Bilbao, núm. 134/2021, de 4 de marzo de 2021, a declarar directamente al obviar la existencia de personal INF, por considerar al trabajador reclamante como fijo directamente, por razón de llevar prestando servicios profesionales como interino por vacante en la entidad pública empleadora durante más de tres años.

<sup>66</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002 (Rec. 2591/2001), de 27 de diciembre de 2006 (Rec. 447/2005), de 14 de febrero de 2007 (Rec. 2977/2005), de 22 de febrero de 2007 (Rec. 3353/2005).

<sup>67</sup> STS, Sala de lo Social, de 28 de Marzo de 2007 (Rec. 5082/2005).

<sup>68</sup> Rec. 2591/2001.

<sup>69</sup> Rec. 447/2005.

14 de febrero de 2007<sup>70</sup>, de 22 de febrero de 2007<sup>71</sup>, entre otras, venía considerando que la situación de los INF es equiparable a las de los interinos y por lo tanto la extinción de su contrato por causa del nombramiento de un titular de la misma plaza es causa válida de extinción. En ese caso, se planteaba también la cuestión indemnizatoria, en el sentido de que, dado que el contrato de interinidad por vacante no tenía prevista legalmente ninguna indemnización en el momento de su extinción por cobertura de la plaza, el Tribunal Supremo no reconocía tampoco ninguna indemnización por tal motivo al personal INF cuando se extinguía su relación contractual por ocupación fija<sup>72</sup>.

Continuando la casuística *ad hoc* y la falta de regulación específica normativa, el propio Tribunal Supremo, en sentencias de la Sala de lo Social, como las de 15 de junio de 2015<sup>73</sup>, de 21 de julio de 2016<sup>74</sup>, de 2 de abril de 2018<sup>75</sup>, o de 2 de marzo de 2021<sup>76</sup>, reconoce que los trabajadores INF son trabajadores temporales, de duración determinada, pero no equiparados, ni asimilables, a otras modalidades de contratación temporal. El motivo de dicha calificación como temporales podríamos llamar “*especiales*” es que considera que la extinción del contrato por cobertura de la plaza ocupada por el trabajador es algo que necesariamente va a ocurrir, dado que la Administración está obligada a convocar dicha plaza no como posibilidad decisoria de carácter facultativo si no como imperativo legal –art. 70 TREBEP–, de manera que, cuando se produzca su cobertura, el contrato se extingue, aunque la fecha en que ello ocurra no pueda determinarse con una fecha cierta. Es algo que necesariamente debe ocurrir antes o después como único criterio de certeza.

No obstante, dicha consideración de naturaleza especial, nada obsta que, al ser trabajadores laborales deban atenerse a dicho estatus y puedan, por ejemplo, obtener el reconocimiento del derecho a participar en procedimientos de movilidad interna dentro de la Administración en las mismas condiciones que los trabajadores fijos<sup>77</sup>, pero no obtener el derecho a desempeñar labores de autoridad, competencia específicamente reconocida de modo exclusivo al personal funcionario y al estatutario sanitario. De este modo, los trabajadores con contratos de duración determinada, dentro de las peculiaridades propias de cada contrato, tendrán los mismos derechos laborales que los trabajadores con contratos de duración indefinida, como es la materia de extinción del contrato, así como otras expresamente previstas en la ley y en convenios colectivos.

Entre ambos criterios- interinidad por sustitución o cobertura reglada de vacante y prolongación de contratación temporal- se insertó una tercera categoría de empleados públicos INF. A raíz de las SSTS, en concreto, STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017<sup>78</sup> y SSTS de 9 y 12 de mayo de 2017<sup>79</sup>, el Tribunal Supremo dijo que realmente existen tres categorías distintas de personal INF en el sector público, de manera que los

<sup>70</sup> Rec. 2977/2005.

<sup>71</sup> Rec. 3353/2005.

<sup>72</sup> ATSJ Madrid, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2021 (Rec. 753/2021).

<sup>73</sup> Rec. 2924/2014.

<sup>74</sup> Rec. 134/2015.

<sup>75</sup> Rec. 27/2017.

<sup>76</sup> Rec. 617/2019.

<sup>77</sup> Este derecho les fue reconocido por el Tribunal Supremo en base a considerar a estos trabajadores como temporales a tenor de la Directiva 1999/70/CE, lo que llevó a aplicar la prohibición de discriminación con los trabajadores fijos que también establece la citada Directiva en su cláusula Cuarta, número uno, del Acuerdo anexo a la misma, argumentando el Alto Tribunal español que «*Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*». Cfr. STS, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2021 (Rec. 617/2019).

<sup>78</sup> Rec. 1664/2015.

<sup>79</sup> Recs. 1806/2015 y 1717/2015.

trabajadores indefinidos constituyen una categoría propia, distinta de la de los trabajadores fijos administrativos y de la de los trabajadores indefinidos y temporales laborales, todos de semejantes características funcionales, con la salvedad del elemento relativo al ejercicio de potestades públicas y al criterio de la terminación de su contrato, por cuanto la entidad empleadora está obligada a convocar necesariamente un procedimiento para la cobertura definitiva de la plaza que se viene ocupando de manera temporal si persiste la relación contractual, y, en el momento en el que dicho procedimiento finalice, y la plaza se adjudique a otra persona, finaliza el contrato del trabajador INF<sup>80</sup>.

Ahora bien y sólo para el caso de contrataciones temporales para cubrir plazas vacantes administrativas en la Administración Pública<sup>81</sup>, al estar obligada ésta a convocar el procedimiento para la cobertura legal de la plaza en un momento que resulta indeterminado, cuando la misma sea adjudicada a un titular que haya superado ese procedimiento, en esos casos, si el ocupante en régimen estable no es quien ha venido estando contratado para ocuparla de modo temporal, dicho contrato laboral temporal INF de interinidad por vacante, se extinguirá con y por la llegada del término que supone la adjudicación definitiva de la plaza<sup>82</sup>.

En consecuencia, a partir de la STS núm. 649/2021, Sala de lo Social, de 28 de junio<sup>83</sup>, seguida por la STS núm. 2771/2021, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2021<sup>84</sup>, y las subsiguientes derivadas de la misma, en aplicación de la sentencia del TJUE, de 3 de junio de 2021<sup>85</sup>, queda expresamente indicado el hecho de que la normativa española fija como límite máximo para la duración de los contratos de interinidad por vacante, el plazo de tres años, superado el mismo, la relación contractual devendrá considerada como INF, por lo que el término extintivo contractual de los contratos INF por vacante, se torna en condición resolutoria. Consideración condicionada que sí venía siendo aceptada, por su parte, por la Sala Tercera del TS, quien entiende que, más que a un término, estos tipos de contratos están sujetos a una condición *sine qua non*- la convocatoria- que debía cumplirse<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> Vid. Pérez Guerrero, M.L. “La relación laboral indefinida no fija en la Administración: Hacia la “estabilización” de una figura de creación jurisprudencial”. En. Monografías de Temas Laborales: Análisis actual de la contratación laboral 63, XXXIX Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, edición 2022, p. 331 y ss.

<sup>81</sup> La enorme casuística que ha venido presentado la figura de INF ha producido una ingente acumulación de trabajadores reconocidos como tales en todo el sector público obligando a que, a raíz de la STS, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2020 (Rec. 2811/2018), el TS haya tenido que cambiar su doctrina extendiendo el reconocimiento de INF a todo el sector público, incluidas las sociedades mercantiles cuyo capital mayoritario sea público pues, aunque el Tribunal Supremo había dicho en algunas sentencias que en las sociedades mercantiles de capital público no es de aplicación dicha figura, «*pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE*»- SSTS, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2014 (Rec. 2323/2013); de 20 de octubre de 2015 (Rec. 172/2014); y de 6 de julio de 2016 (Rec. 229/2015)-, a partir de su sentencia de 18 de junio de 2020, el criterio se modificó considerando que también en el acceso al empleo laboral en las sociedades mercantiles públicas deben respetarse los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

<sup>82</sup> A este respecto, el TS ha venido manifestando- SSTS, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2015 (Rec. 2924/2014), de 6 de octubre de 2015 (Rec. 2592/2014), de 7 de noviembre de 2016 (Rec. 755/2015), principalmente tras el Auto del TJUE, de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C- 86/149, León Medialdea contra Ayuntamiento de Huétor)-, que el contrato INF es un contrato sujeto a término y no a una condición, por lo que es un contrato temporal dado que la Administración está obligada a convocar la plaza ocupada de modo temporal cesando cuando ésta sea cubierta legalmente por quien supere el proceso selectivo, por lo que en el momento en que se produzca la cobertura legal se extingue el contrato de trabajo INF.

<sup>83</sup> Rec. 3263/2019.

<sup>84</sup> Rec. 2031/2019.

<sup>85</sup> Asunto C-726/19, IMIDRA.

<sup>86</sup> Nótese que, desde la STS, Sala de lo Social de 27 de mayo de 2002 (ECLI: ES:TS:2000:10203), el Alto Tribunal deja sentada la posibilidad de suponer el contrato del INF como uno sujeto a condición o a término, pronunciándose a favor de este último, por cuanto la extinción no queda al albur de la voluntad potestativa del empresario.

### 3. DEROGACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO PÚBLICO

Más allá de la vertiente definidora desde el calibrado económico y organizativo, resulta reconocible la figura del personal INF como sujeto destinatario del despido colectivo proclamado en el año 2012, que, a raíz de la Ley 20/2021 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, está, al menos de modo aparente, en vías de desaparición paulatina hasta el año 2024 y, con ello y en consecuencia, en vías de desaparición el elemento subjetivo del *Despido Colectivo Público*. Ello, sin embargo, no ha sido fruto de la voluntad manifiesta del legislador, si no, más bien, todo lo contrario.

La Unión Europea, prácticamente desde sus orígenes, ha venido demostrando una razonable preocupación por corregir los desequilibrios ocasionados en el proceso de crecimiento económico entre las diferentes regiones de la Europa Comunitaria, resultando destacable el aspecto del empleo<sup>87</sup>. La crisis económica y financiera que asola mundialmente a particulares y entes públicos a partir de 2008, provoca una redefinición de las líneas de ayudas europeas directas que se venían ofreciendo a los Estados miembros a través de actuaciones cohesionadas entre todos ellos.

No obstante, la concesión de Fondos Europeos debe ir acompañada de reformas estructurales en los países que no alcancen los niveles mínimos de exigencias estratégicas comunitariamente propuestas. Sentado con la STJUE 3 de junio de 2021<sup>88</sup>, el criterio de considerar que las exigencias de provisión que toda vacante conlleva no deben quedar paralizadas por normas presupuestarias, dado que la cobertura de plazas vacantes ocupadas en un momento determinado por trabajadores interinos no implica incremento presupuestario (F.J. 5.II), la permanencia de los contratos laborales de los empleados públicos en estado temporal no ha encontrado mayor justificación que la voluntad –o más bien la falta de ella– de la entidad pública empleadora de no consolidar plazas que viene manteniéndose de modo temporal como regula el art. 70 LEBEP/ TREBEP, lo que hacía plantearse a la Comisión Europea la necesidad de presionar al Estado español para que convergiese en materia de limitación de la temporalidad y también en el empleo público, con la media del resto de países del entorno europeo a quienes seguíamos en esta materia de modo muy lejano.

#### 3.1. Casuística

Exigencias comunitarias<sup>89</sup>, en esencia, empezaron a provocar que, dentro de los planes de ayudas económicas comunitarias a los Estados miembros, una de las condiciones de otorgamiento fuese adoptar medidas para evitar la precariedad laboral en el ámbito público, exigiendo que, en un plazo razonable, y vinculado a la entrega de las distintas cuantías económicas se debían hacer determinados deberes por parte de los Estados receptores, entre los que se encontraba la reducción de la precariedad laboral en el sector público.

<sup>87</sup> Vid. análisis sobre el apoyo económico que brinda la UE a los Estados miembros, a título de ejemplo en, Rodríguez Crespo, M.J., y Vallecillo Orellana, M.A., “La creación de empleo a través de la política de cohesión económica, social y territorial”, edición Lustel Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 39, 2014 (RI §415511).

<sup>88</sup> Asunto 726/2019, IMIDRA que tiene por objeto la resolución de una petición de decisión prejudicial planteada en el litigio entre el Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA) y JN, en relación con la extinción del contrato de trabajo de duración determinada celebrado con objeto de proveer una plaza vacante en interinidad.

<sup>89</sup> Desde hace varios años la Comisión Europea viene lanzándole avisos y consideraciones a España. Vid. a título de ejemplo, Carta de Infracción núm. 2014/4224, C (2015), 1865 final.

<https://isandaluza.es/wp-content/uploads/2015/05/Documento-UE.pdf>

Con ello, el Ejecutivo español, en julio de 2021, aprobó el RDL 14/2021<sup>90</sup>, por el que se modifican determinados artículos del TREBEP. Tras la convalidación del Decreto-Ley, se aprueba la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para la reducción de la temporalidad en el empleo público<sup>91</sup>, fruto del compromiso adquirido por el Estado español con la Unión Europea.

En consecuencia, descartada la condición de empleado INF como una solución válida *per se* para sancionar el abuso en la contratación temporal por parte de la empleadora Administración Pública<sup>92</sup>, el TJUE, siguiendo la doctrina que había mantenido en STJUE Martínez Andrés/ Castrajena López<sup>93</sup> al recordar que no es contraria a la Directiva 1999/70/CE una normativa nacional que prohíba la transformación de los contratos temporales a indefinidos siempre que haya otra medida eficaz para evitar y sancionar el abuso, vuelve a indicar que el Acuerdo Marco, en sus puntos 6 y 8 del Preámbulo, parte de la base de que la estabilidad en el empleo se erige en componente primordial de la protección de los trabajadores conllevando ello que los contratos de duración determinada deban ser mantenidos mientras existan necesidades excepcionales, si bien, sólo en determinadas circunstancias<sup>94</sup>. Debiendo actuar los Estados miembros en consecuencia y como prioridad reguladora, bajo el convencimiento de ser circunstancial la temporalidad contractual, la limitación y, por ende, la prevención de su abuso, en cumplimiento de la Clausula 5 del Acuerdo Marco y variadas SSTJUE, debe ser el objetivo primordial de toda ordenación de recursos humanos también públicos<sup>95</sup>.

Con la ligera separación temporal de un día entre una y otra norma, el legislador laboral español proclama el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo<sup>96</sup>, quien permite la contratación de personal laboral indefinido pero sólo a los efectos de hacer frente a los fines propios que tiene encomendada la Administración Pública (DA Cuarta), así como, contrataciones de duración determinada- temporal- para el cumplimiento de medidas que, en el momento de la contratación, quedan sujetas a la ejecución de concretos planes de actuación públicos (DA Quinta), derogando, no obstante la posibilidad de efectuar *Despidos Colectivos Públicos* por las causas de estabilización presupuestaria y contención del gasto (DD Única).

El RDL 32/2021, a su vez, ha modificado el art. 15.5 ET, a través del apartado tres del artículo primero, eliminando la excepción limitativa que evitaba la transformación de temporal a indefinidos de los contratos temporales formativos, de relevo e interinidad, los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como los contratos temporales que sean utilizados por empresas de

<sup>90</sup> Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 161, de 07 de Julio de 2021).

<sup>91</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

<sup>92</sup> SSTJUE, de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04 Adeneler y otros, apartado 81; de 21 de noviembre de 2018, Asunto 619/17, De Diego Porras II, apartado 79, de 19 de marzo de 2020, Asuntos acumulados C-103/18 y 429/18, Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez, apartado 57 y de 11 de febrero de 2021, Asunto C-760/18, M.V. y otros, apartado 58.

<sup>93</sup> STJUE, de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-184/2015.

<sup>94</sup> Apartado 54 de STJUE, de 19 de marzo de 2020, Asuntos acumulados C103/18 Sánchez Ruiz y C429/18 Fernández Álvarez y otras.

<sup>95</sup> En la STJUE de 19 de marzo de 2020, Asuntos C-103/18 y C-429/18, apartado 55, el Tribunal comunitario refuerza el papel preventivo que pide la Directiva 1999/70 a los Estados miembros en materia de abusos de temporalidad exigiendo, en su caso, la adopción de medidas efectivas y vinculantes y no imponiendo a los Estados Miembros la transformación de los contratos de duración determinada en contratos indefinidos como medida preventiva ante el abuso de la temporalidad.

<sup>96</sup> BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.



inserción debidamente registradas cuando el objeto de dichos contratos fuese considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado, por lo que los empleados contratados bajo estas modalidades contractuales, también podrán adquirir la condición de INF –aunque la norma utiliza el término “*fijos*”– en sus entornos empleadores, reunidas las circunstancias para ello y previa declaración judicial declarativa.

Ello hace que el empleado público contratado laboral, susceptible de ser despedido hasta el año 2021 haya encontrado en el empleado público contratado laboral indefinido del artículo 1.3) y DD.AA 4º y 5º del RDL 32/2021, un efectivo avatar con el que mantener vitalmente existente la figura del personal INF y, con ello, la posibilidad como empleador laboral común, de despedirlo.

### 3.2. Consecuencias

Con ello, a pesar de continuar consolidado el origen jurisprudencial de la figura del INF como remedio para luchar contra la temporalidad reinante en las Administraciones Públicas<sup>97</sup>, la principal consecuencia que se desprende para el personal empleado público indefinido subsistente de la normativa reformadora de 2021, es la de supervivencia resiliente. Ello conlleva la pervivencia de un personal, empleado público contratado laboral, plenamente sujeto a la normativa laboral privada y, por ende, a la posibilidad de ser despedido por la forma y fondo sustantivo del Despido Colectivo lo que le hace, por otro lado, perder seguridad jurídica en cuanto al desempeño del puesto o puestos de trabajo públicos que ha venido desempeñando.

A partir de la entrada en vigor de la normativa reformadora de 2021, la extinción del contrato temporal laboral debe seguir la tramitación laboral común de los arts. 49.1. 1), 51 y 53.1.b) ET<sup>98</sup>, en caso de producirse las causas establecidas en el art. 52 ET. Para las extinciones administrativas, la finalización laboral sólo será aplicable en la medida en la que se superan los procesos de selección de personal para ocupar plaza administrativa, desapareciendo, en ese caso, cualquier relación laboral que previamente existiese sobre dicha plaza.

Desde este punto de vista, pervive, a su vez, la existencia dual de dos segmentos normativos, a la vez, diferenciados y a la vez complementarios en el seno público, que suponen el Derecho laboral y el Derecho administrativo<sup>99</sup>.

En esencia, el Despido Colectivo sigue siendo para el ámbito público administrativo aquel “*instrumento apreciable de flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales*”<sup>100</sup> que, en momentos circunstanciales extraordinarios prevé erigirse en medida de flexibilidad externa basada, al igual que en el ámbito privado, en la excesiva onerosidad sobrevenida de las circunstancias laborales para el empleador.

<sup>97</sup> STS, Sala de lo Social, de 17 de enero de 2023 (Rec. 4045/2020).

<sup>98</sup> En STS núm. 4096/2021, Sala de lo Social, de 3 de noviembre de 2021 (Rec. 281/2019). FJ Cuarto, queda recogida el quantum indemnizatorio en los mismos términos regulados por el art. artículo 53, apartado 1, letra b) ET, por cuanto dicho precepto regula la cuantía indemnizatoria con independencia de la duración determinada o indefinida de los contratos de trabajo considerando, para el caso en autos, que ni el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, ni la delimitación del art. 53 apartado 1, letra b) ET, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato entre la indemnización de los contratos temporales y la de los INF.

<sup>99</sup> Vid. al respecto, apropiado por tratamiento de un asunto a día de hoy también actual que resulta ser el de la variada tipología de personal empleado público. Al respecto, Gómez Caballero, P. “Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas”. Relaciones Laborales, 2008-II, pp. 593 y ss.

<sup>100</sup> Navarro Nieto, F. “Lecciones ...”, p. 598.









El presente número de esta colección de Monografías de Temas Laborales está dedicado al Profesor Dr. Pedro Gómez Caballero, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En su elaboración han participado colegas de diversas universidades y miembros de la magistratura que han querido rendirle un merecido homenaje con motivo de su jubilación administrativa. El objeto de la obra es el estudio de los derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público, pues la dedicación a los temas relacionados con la función pública y con el empleo público ha marcado la obra investigadora de Pedro Gómez, desde su tesis doctoral sobre los derechos colectivos de los funcionarios, dirigida por el Profesor Durán López.

Gracias a la generosidad de los participantes, podemos contar con una serie de estudios de gran interés sobre los aspectos más relevantes del empleo público: sobre el acceso al mismo; el régimen jurídico de las correspondientes relaciones (la consolidación del empleo temporal); el régimen disciplinario; los problemas del ciberacoso; la contratación del personal sustituto universitario; la evaluación del desempeño; el teletrabajo; la conciliación; los despidos colectivos; la contratación irregular de empleados públicos; la intermediación laboral, entre público y privado; la Ley de Empleo; los derechos colectivos, la negociación colectiva y el derecho de huelga. Lo que se completa con estudios sobre la protección social de los funcionarios públicos y el régimen de clases pasivas, así como sobre las consideraciones sociales de la Ley de Contratos del Sector Público.

Todas estas aportaciones conforman un excelente volumen, que representa un merecido y sentido homenaje y que constituirá una guía fundamental para abordar los numerosos problemas jurídicos que afectan al empleo público, funcional y no, y que alimentará, asimismo, no cabe duda, los debates y los estudios requeridos para su necesaria reforma.

ISBN 978-84-09-51949-1



9 788409 519491